



رابطة العالم الإسلامي
المجمـع الفقهـي الإسـلامـي

جامعة أم القرى - مكة المكرمة
كلية الشريعة والدراسات الإسلامية

نـــدوة

أثر متغيرات العصر في أحكام الحضانة

التي ينظمها المجمع الفقهي الإسلامي بالرابطة
بالتعاون مع كلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة أم القرى
عـــام ١٤٣٦هـ

التعسف في استعمال حق الحضانة ومستـجدات العصـر

د. إيمان بنت محمد علي عادل عزّام

أستاذ مساعد في الفقه - كلية الآداب والعلوم الإنسانية
- جامعة طيبة -

أبيض

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة

إنَّ الحمد لله أحمده وأستعينه وأستغفره وأتوب إليه، وأعوذ بالله من شرور أنفسِنا وسيئاتِ أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادي له.

وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن سيدَّنا محمداً عبده ورسوله أرسله شاهداً ومبشراً ونذيراً، وداعياً إلى الله بإذنه وسراجاً منيراً، صلى الله عليه وعلى آله وصحبه ومن تبعهم بإحسان وسلم تسليماً كثيراً.

وبعد،،،

١- مشكلة البحث وأهمية موضوعه:

إن الشارع الحكيم أوْلى عناية كبيرة بالمرأة والطفل فاقت بمراحل كثيرة ما أتت به القوانين الوضعية زاعمة أنها أنصفت المرأة أو غيرها، ولا عدالة في الحقيقة إلا ما جاء به الإسلام لأنه من حكيم خبير ﴿**أَلَا يَعْلَمُ مَنْ خَلَقَ وَهُوَ اللَّطِيفُ الْخَبِيرُ**﴾ (الملك: ١٤).

وقد قال ﷺ مؤكّداً ومحذراً من التعدّي على حق المرأة والطفل: «اللهم إني أحرج حق الضعيفين: حق اليتيم، وحق المرأة»(١).

ومع ذلك، فإن المرأة والطفل يتعرضّان في عصرنا وفي مجتمعاتنا الإسلامية لأنواع عديدة من الظلم وضياع للحقوق.

وإن مما شاع في عصرنا من صور الظلم الذي تتعرض له المرأة والطفل التعسّف في استعمال حق الحضانة؛ إذ أصبحت قضايا الحضانة من الكثرة بحيث بتنا نقرأ عنها في الصحف بصورة يومية أحياناً، وبات المتخصّصون النفسيون والاجتماعيون يحذّرون من الآثار السلبية التي تنتج عن هذا التعسّف.

---

(١) سنن النسائي الكبرى (٥ / ٣٦٣)، باب (حق المرأة على زوجها)، (٩١٥٠).

ولأن عصر اليوم هو عصر المستجدات والمتغيّرات سلباً أو إيجاباً، كما يراه بوضوح القارئ لتاريخ **البشرية** الطويل، فقد استجّدت فيه صور للتعسّف تختلف عما عرفه الفقه الإسلامي في العصور السابقة، الأمر الذي يستوجب المبادرة إلى رفع الظلم بل دفعه، وذلك يبدأ من دراسات تعالج الواقع وتستند إلى أحكام الفقه الإسلامي التي أثبتت شمولها وقدرتها على حل كل القضايا التي تواجه الأمة الإسلامية في كل زمان ومكان سواء بما نصّت عليه من أحكام، أو بما يستخرج على أحكامها وفقا للقواعد الأصولية.

وإذا جئنا لنتحدث بلسان الشرع في ظل هذه المتغيّرات، فإن علينا أن نكون حذرين ورعين، ومن هنا كانت المهمة الرئيسة للمجامع والهيئات الفقهية بيان الأحكام الشرعية فيما يواجه المسلمين في أنحاء العالم من مشكلات ونوازل وقضايا مستجدة، وذلك بصورة آمنة تستمد أمانها من تجميع العقول الموثوقة ومناقشتها للمسائل المطروحة والخروج بتوصيات مبنية على الأدلة.

ومن هنا تظهر أهمية البحث عن حكم المستجدّات من قضايا الحضانة وحكم التعسّف فيها، والمشاركة به تحت رعاية من المجمع الفقهي الإسلامي قياماً بالواجب المنوط. أسأل الله تعالى فيه التوفيق والقبول.

٢- خطّة البحث:

يتكوّن البحث من مقدمة، وثلاثة مباحث ، وخاتمة على النحو التالي:

المبحث الأوّل: أهم أحكام الحضانة في الفقه الإسلامي.

المبحث الثاني: التعسّف في استعمال الحق عند الفقهاء، وفيه مطالب:

المطلب الأوّل: تعريفات ومفاهيم.

المطلب الثاني: التأصيل الشرعي لنظرية التعسّف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي.

المبحث الثالث: صور التعسف في استعمال حق الحضانة في الفقه

والمستجدات المعاصرة .

الخاتمة، وفيها أهم التوصيات.

٣- منهج البحث:

لما كانت أحكام الحضانة مبسوطة في كتب الفقه، وتناولتها أبحاث معاصرة كثيرة، فقد رأيت أن يكون ذكرها في هذا البحث مجملة فقط، ويكون التركيز على ما يتصّل منها بالتعسّف سواء كان سبباً له أو حقاً يستعمله صاحبه تعسفاً، نحو أحكام الرؤية والنقلة.

كما رأيت أن يعتني البحث بالإشارة إلى المتغيّرات التي تمسّ بعض أحكام الحضانة، والتي تستدعي اعتناء المجامع الفقهية بها.

أما المبحث الثاني فقد اعتنيت فيه بتحرير معنى التعسّف، وماذا يراد به ؟ وبيان الفرق بين السلوك الذي يصحّ وصفه بأنه تعسّف في استعمال الحق، وبين مطلق التعدّي والظلم ؟ ثم تناولت حكمه بالدليل ، وحالاته.

واهتم المبحث الثالث بالتعسّف في استعمال حق الحضانة خاصة، وأولى البحث عناية خاصة بالمستجدات من صور التعسف في استعمال حق الحضانة، وبعض القوانين والتشريعات القضائية بهذا الخصوص.

ولا يخفى أنه لابد عند التعريج على القضايا المستجدة أن نطرق باب الشبكة الحاسوبية والصحف المحلية، حتى نصل إلى الصور المعاصرة للتعسّف في استعمال حق الحضانة، وكيفية تعاطي القضاء والقوانين المعاصرة معها، وهذه وإن كانت ليست مصادر للتوثيق العلمي، لكنها مصادر مقبولة لنقل الواقع والأحداث، والوقوف على المستجدّات والواقع مقصود مهم للبحث.

هذا ما يتصّل بمنهج الكتابة.

أما التوثيق في الحواشي و الفهارس، فنهجت فيه المعروف من طريقة التوثيق عند المتخصصين.

أسأل الله التوفيق، ومنه العون، وعليه التوكلان، وصل اللهم على سيدنا محمد، وعلى آله وأصحابه وسلّم تسليماً كثيراً.

أبيض

المبحث الأوّل
أهم أحكام الحضانة في الفقه الإسلامي

أوّلاً: تعريف الحضانة:

(أ) في اللغة:

الحضانة: مصدر الحاضن والحاضنة. والمحاضن: المواضع التي تحضن فيها الحمامة على بيضها، والحاضنة، وهي التي تربي الطفل. والحضانة، بالفتح: فعلها[1]

(ب) الحضانة في الاصطلاح:

قال الكاساني ت ٥٨٧ هـ: «حَضَانَةُ الْأُمِّ وَلَدَهَا هِيَ: ضَمُّهَا إيَّاهُ إلَى جَنْبِهَا وَاعْتِزَالُهَا إيَّاهُ من أبيه لِيَكُونَ عِنْدَهَا، فَتَقُومَ بِحِفْظِهِ وَإِمْسَاكِهِ وَغَسْلِ ثِيَابِهِ»[2].

و قال الحطّاب: «الحضانة مأخوذة من الحضن: وهو ما دون الإبط إلى الكشح، ونواحي كل شيء وجوانبه أحضانه، وكأن الصبي ضم إلى جوانب المحضون، وقال ابن عرفة: الحضانة هي «حفظ الولد في مبيته ومؤنة طعامه ولباسه ومضجعه وتنظيف جسمه»[3].

و قال النووي: «هي القيام بحفظ من لا يميز ولا يستقل بأمره وتربيته بما يصلحه، ووقايته عما يؤذيه»[4].

وقال البهوتي: «حفظ صغير ومعتوه - وهو المختل العقل - ومجنون عما يضرهم،وتربيتهم بعمل مصالحهم من غسل بدنهم وثيابهم ودهنهم وتكحيلهم وربط طفل بمهد وتحريكه لينام ونحوه»[5].

---

(١) **انظر**: لسان العرب (١٣ / ١٢٣)، وانظر: المطلع على أبواب المقنع ص (٣٥٥).

(٢) بدائع الصنائع (٤ / ٤٠).

(٣) انظر: مواهب الجليل (٤ / ٢١٤) قال: والكشح - بفتح الكاف والشين المعجمة-: ما بين الخاصرة إلى الضلع الخلف. قاله في الصحاح.

(٤) روضة الطالبين (٩ / ٩٨)، وانظر: معجم مقاليد العلوم للسيوطي ص (٥٨)، التعاريف ص(٢٨٣)

(٥) شرح منتهى الإرادات (٣ / ٢٤٨).

(ج) الفرق بين الحضانة وبين الرضاعة، والكفالة:

هناك ثلاثة أزمنة في حياة الطفل، كل منها مختص بمعنى عند الفقهاء، ويحصل بينها تداخل أحياناً.

وأوّل هذه المراحل الرضاعة تعقبها الحضانة، والكفالة مرحلة تصحبهما وتعقبهما على السواء.

والرضاعة والحضانة كلاهما حق للولد ثم للأم، مع أن المؤنة على الأب.

والرضاعة من حقوق الرضيع، وهي حقّ للولد لا تجبر عليه الأم إلا عند الإضرار به.

في المغني لابن قدامة: «على الأب أن يسترضع لولده ؛ إلا أن تشاء الأم أن ترضعه بأجرة مثلها، فتكون أحقّ به من غيرها ؛ سواء كانت في حبال الزوج أو مطلقة»[(١)].

وقال الكاساني «لا تُجْبَرُ الْأُمُّ على إرْضَاعِهِ إلَّا أَنْ لَا يُوجَدَ من تُرْضِعُهُ فَتُجْبَرَ عليه، وَهَذَا قَوْلُ عَامَّةِ الْعُلَمَاءِ. وقال مَالِكٌ: إنْ كانت شَرِيفَةً لم تُجْبَرْ وَإِنْ كانت دَنِيَّةً تُجْبَرْ»[(٢)].

والحضانة هي المرحلة الثانية وهي موضوع البحث، و تعقبها الكفالة أو تصحبها عند بعض المذاهب، والمقصود بها هنا: الكلفة والمؤنة والنفقة التي يحتاجها الطفل فترة الحضانة.

قال الماوردي: «وإذا كان الأبوان مجتمعين فالولد بينهما، تحضنه الأم إلى أن يدب، ثم تكفله إلى أن يشب، وينفق عليه الأب حتى يبلغ»[(٣)].

وقال النووي: «ومؤنة الحضانة على الأب؛ لأنها من أسباب الكفاية كالنفقة، وحكى السرخسي وجها أنه: ليس للأم طلب الأجرة بعد الفطام، والصحيح الأول»[(٤)].

---

(١) المغني (٨/ ١٩٩ - ٢٠٠).

(٢) بدائع الصنائع (٤ / ٤٠)،وانظر: شرح فتح القدير (٤ / ٣٦٨).

(٣) الإقناع للماوردي (١/ ١٦١).

(٤) روضة الطالبين (٩/ ٩٨).

وحكى ابن رشد وغيره «الإجماع على وجوب كفالة الأطفال الصغار ؛ لأنه خلق ضعيف يفتقر لكافل يربيه حتى يقوم بنفسه فهو فرض كفاية إن قام به قائم سقط عن الثاني، لا يتعيّن إلا على الأب، والأم في حولي رضاعه إن لم يكن له أب ولا مال أو كان ولا يقبل غيرها. انتهى»[1].

وقال ابن الهمام: «ويجبر الأب على أخذ الولد بعد استغنائه عن الأم ؛ لأن نفقته وصيانته عليه بالإجماع»[2] وقال: «وليس للمرأة أن تشتري لولدها وتبيع،وإن كانت أحق به إلا أن تكون وصية»[3].

وقال الماوردي: قد فرقنا بين زمان الحضانة وزمان الكفالة، وأن الحضانة فيما دون السبع، وتكون الأم أحق فيها بالولد. والكفالة مستحقّة على الأب سواء اختاره الولد أو اختار أمه، وكذلك ما احتاج إليه الولد من تعليم وتأديب، لأنه من مصالح الولد التي يجب عليه القيام بها[4].

وقال: «فإذا احتاج الولد إلى خدمة في الحضانة والكفالة ومثله من يخدم ؛ قام الأب بمؤونة خدمته، إما باستئجار خادم أو ابتياعه على حسب عادة أهله، وعرف أمثاله، ولا يلزم الأم مع استحقاقها لحضانته أن تقوم بخدمته إذا كان مثلها لا يخدم، لأن الحضانة هي الحفظ والمراعاة وتدبير الولد والنظر في مصالحه، وذلك لا يوجب مباشرة الخدمة، والخدمة إذا وجبت فهي مستحقة للغلام والجارية»[5].

ومقصود البحث أحكام الحضانة خاصة، وإن أتت بعض أحكام الرضاعة والكفالة عرضاً في البحث.

---

(١) مواهب الجليل (٤ / ٢١٤).
(٢) شرح فتح القدير (٤ / ٣٦٨).
(٣) شرح فتح القدير (٤ / ٣٧٧).
(٤) الحاوي الكبير (١١ / ٥٠٧).
(٥) الحاوي الكبير (١١ / ٥٠٧).

ثانياً: مجمل أحكام الحضانة:

تمهيد:

إن قانون الحضانة في الإسلام من أظهر القوانين بياناً لعظمة التشريع الإسلامي الذي لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه ، ومن أظهر الأدلة على دقة الفقهاء، ورجاحة عقولهم، حيث إن الفقه الإسلامي في باب الحضانة استغرق كافة التفاصيل، ووضع الأحكام الواضحة المستنبطة من الكتاب والسنة القاطعة للنزاع، وقد أوْلى الفقهاء عناية كبيرة بذكر شروط الحضانة[1]، وبيان مراتب من يستحق الحضانة مبررين ومعلّلين التقديم والتأخير ومستوعبين كافة الأحوال في ذلك من حيث الانفراد والاجتماع بين المستحقين[2]، وحكموا أصناف المستحقين حتى ذكروا الخنثى المشكل والرقيق[3]، والحكم لو سقط حق الحضانة بموت أو انعدام شرط[4]، والحكم لو امتنعت الأم أو من له حق الحضانة عن الحضانة بعد استحقاقها[5]، وبيان أمد الحضانة ومدّتها[6]، ومتى يثبت حق الطفل في المفارقة والاستقلال والعيش المنفرد للذكر والأنثى مفرقين بين البكر والثيب والرشيد وغيره، وعند الريبة وبدونها[7]، و اعتنوا ببَيَانِ مَكَانِ الْحَضَانَةِ[8]، والحكم في حال الانتقال، وإن كان الانتقال للإقامة أو للحاجة، وقد اهتم الفقهاء بالسفر لما فيه من ضرر يصيب غير الحاضن من أهل الطفل. ويضع الفقه الإسلامي

---

(١) انظر: تحفة الفقهاء (٢/ ٢٣١)، شرح مختصر خليل للخرشي (٤/ ٢١١- ٢١٣)، روضة الطالبين (٩/ ٩٨ – ١٠٠)، شرح منتهى الإرادات (٣ / ٢٥٠).

(٢) انظر: شرح فتح القدير (٤ / ٣٦٨ – ٣٧١)، الاستذكار (٧ / ٢٩٢)، الإقناع للماوردي (١ / ١٦١)، روضة الطالبين (٩ / ١٠٨ – ١١٣)، شرح منتهى الإرادات (٣ / ٢٤٨).

(٣) انظر: روضة الطالبين (٩ / ١١٣ – ١١٤)، شرح منتهى الإرادات (٣ / ٢٥٠).

(٤) انظر: الإقناع للماوردي (١/ ١٦١)، شرح منتهى الإرادات (٣ / ٢٥٠).

(٥) انظر: المغني (٨ / ١٩٧).

(٦) انظر: مختصر اختلاف العلماء (٢ / ٤٥٧)، بدائع الصنائع (٤/ ٤٢ – ٤٣)، حاشية الدسوقي (٢ / ٥٢٦)، شرح منتهى الإرادات (٣ / ٢٥١).

(٧) انظر: روضة الطالبين (٩ / ١٠٢ – ١٠٣)، شرح منتهى الإرادات (٣ / ٢٥١).

(٨) انظر: بدائع الصنائع (٤ / ٤٤ – ٤٥)، الحاوي الكبير (١١ / ٥٠٧)، شرح منتهى الإرادات (٣ / ٢٥١).

ضوابط دقيقة يفرّق فيها بين السفر لحاجة والسفر لنقلة، وبين الانتقال لبلد العقد أو لغيره، أو لدار الحرب أو لغيرها، وبين كون المنتقل هو الأب أو الأم[1].

وهذه الأحكام مع أهميتها موجودة في كتب الفقه، وكُتِبَت فيها أبحاث بعينها تستوعب كافة مسائلها وفروعها، ولذا فإن ذكرها في البحث مجمل فقط، ويكون التركيز على أهم الأحكام، وما يتصل منها بالتعسف نحو حكم الرؤية والزيارة والسفر والانتقال بإذن الله تعالى.

وفيما يلي أهم أحكام الحضانة:

١ - حكم الحضانة:

«إذا افترق الزوجان وبينهما طفل أو مجنون وجبت حضانته ؛ لأنه إن ترك ضاع وهلك، فيجب إحياؤه»[2].

٢ - الأحق بالحضانة:

سأقتصر تحت هذا العنوان على ذكر الأحق بالحضانة من الوالديْن، فلن أخوض في ذكر المستحقين للحضانة من الأقارب والترتيب بينهم جرياً على ما ذكرته في المقدمة من أن منهج البحث الاقتصار على الأهم من أحكام الحضانة، وما يتصّل منها بموضوع التعسّف أو بمستجدات العصر.

وقبل الخوض في ذكر الأحكام ؛ أنبه القارئ الكريم إلى أنّ النظرة المقاصدية ورعاية مصلحة المحضون هو الموجّه للفقهاء فيما ذكروه في باب الحضانة من أحكام.

فالمتأمّل في الأحكام الفقهية في باب الحضانة يجد أن القصد فيها جميعها تحقيق مصلحة المحضون، فمتى احتاج المحضون إلى رعاية لصغر أو مرض أو عته ؛ فالأم أرفق وأشفق فهي أحق، ومتى احتاج التعليم والمهنة، فالأب هو الأحق،

---

(١) انظر: مختصر اختلاف العلماء (٢ / ٤٦٠)، المبسوط للسرخسي (٦ / ١٦٩ - ١٧٠)، التلقين (١ / ٣٥١)، الحاوي الكبير (١١ / ٥٠٤)، المغني (٨ / ١٩٣).

(٢) الكافي في فقه ابن حنبل (٣ / ٣٨١).

ومتى ميّز فرعاية رغبته وما يحقق له الراحة النفسية أوْلى، فالمحضون هو قطب الرحى الذي تدور حول مصلحته أحكام في باب الحضانة.

وفيما يلي بعض النصوص الفقهية التي تبيّن ذلك:

قال النووي عن الحضانة: «هي نوع من ولاية وسلطنة ؛ لكنها بالإناث أليق **لأنهن أشفق وأهدى إلى التربية، وأصبر على القيام بها وأشد ملازمة للأطفال..**»[1].

وقال الكاساني: «فَالْحَضَانَةُ تَكُونُ لِلنِّسَاءِ فِي وَقْتٍ وَتَكُونُ لِلرِّجَالِ فِي وَقْتٍ، وَالْأَصْلُ فيها النِّسَاءُ ؛ لِأَنَّهُنَّ أَشْفَقُ وَأَرْفَقُ وَأَهْدَى إلَى تَرْبِيَةِ الصِّغَارِ، ثُمَّ تُصْرَفُ إلَى الرِّجَالِ لِأَنَّهُمْ على الْحِمَايَةِ وَالصِّيَانَةِ وَإِقَامَةِ مَصَالِحِ الصِّغَارِ أَقْدَرُ»[2].

والبنت متى بلغت، فعند أبيها لأمر الولاية والتزويج ؛ كما هو عند الحنابلة، قال ابن قدامة: «ولأنها إذا بلغت السبع قاربت الصلاحية للتزويج وقد تزوج النبي ﷺ عائشة، وهي ابنة سبع وإنما تخطب الجارية من أبيها لأنه وليها والمالك لتزويجها، وهو أعلم بالكفاءة وأقدر على البحث»[3].

وإذا مرضت، فعند أمها ؛ لأنها الأقدر على رعايتها، **قال الماوردي**: «فلو مرضت البنت في منزل أبيها ؛ كانت الأم أحق بتمريضها من الأب لأمرين:

أحدهما: أن النساء بتعليل المرض أقوم من الرجال.

والثاني: أنها تصير بضعف المرض كالعائدة إلى حال الصغر، والأم أحقّ بها في صغرها من الأب»[4].

وعند العته، فالأم أصبر وأشفق وأقدر على الرعاية، فالولد عندها.

«قال الشافعي - رضي الله عنه -: (وإن كان الولد مخبولا فهو كالصغير، فالأم أحق به ولا يخير أبداً)»[5].

---

(١) روضة الطالبين (٩ / ٩٨).

(٢) بدائع الصنائع (٤/ ٤١).

(٣) المغني (٨ / ١٩٣).

(٤) الحاوي الكبير (١١ / ٥٠٨ - ٥٠٩).

(٥) الحاوي الكبير (١١ / ٥٠٩).

وهكذا يظهر أن مصلحة المحضون هي محل نظر الفقهاء أولاً، وأن حقّه يغلب حق والديْه.

(أ) الأحق بالحضانة حال افتراق الأبوين:

«قال أبو حنيفه: الأم أحق بالغلام والجارية الصغيرين»(١).

«وقال مالك: الأم أحق بحضانة الولد إذا كان صغيرا، فإذا أثغر أو فوق ذلك فلا حضانة لها.

قال ابن وهب: وسئل مالك عن المطلقة، ولها ابن في الكتاب وبنت قد بلغت الحيض ؛ للأب أن يأخذها ؟ فقال مالك: لا أرى ذلك.. أرى أن يؤدب الغلام ويعلمه وينقله إلى أمه، ولا يفرق بينه وبين أمه ولكن يتعهده في كتابه، ويقر عند أمه، ويتعهد الجارية وهي عند أمها ما لم تنكح»(٢).

«قال الشافعي - رضي الله عنه -: (وإذا افترق الأبوان، وهما في قرية واحدة، فالأم أحق بالولد ما لم تتزوج وعلى أبيه نفقته، ولا يمنع من تأديبه ويخرج الغلام إلى الكتاب أو الصناعة إذا كان من أهلها، ويأوي إلى أمه)»(٣).

وعند الحنابلة: (الأم أحق بكفالة الطفل والمعتوه إذا طلقت)(٤).

(ب) الأحق بالحضانة إذا تزوجّت الأم:

قال ابن هبيرة ت ٥٦٠ في كتابه اختلاف الأئمة العلماء «اتفقوا على أن الحضانة للأم ما لم تتزوج.واتفقوا على أن الأم إذا تزوجت، ودخل بها الزوج تسقط حضانتها....»(٥)

«قال أبو عمر: لا أعلم خلافا بين السلف من العلماء والخلف في المرأة المطلقة اذا لم تتزوج أنها أحق بولدها من أبيه ما دام طفلاً صغيراً لا يميز شيئا إذا كان عندها في حرز وكفاية، ولم يثبت منها فسق، ولم تتزوج»(٦).

---

(١) مختصر اختلاف العلماء (٢/ ٤٥٦).

(٢) مختصر اختلاف العلماء (٢/ ٤٥٧).

(٣) الحاوي الكبير (١١/ ٥٠٧).

(٤) المغني (٨ / ١٩٠ - ١٩١).

(٥) اختلاف الأئمة العلماء (٢ / ٢١٣- ٢١٥).

(٦) الاستذكار (٧ / ٢٩٠)، وانظر: التلقين (١/ ٣٥٠ - ٣٥١).

قال الماوردي: «فإن افترقا، فالأم أوْلى به في زمان الحضانة والكفالة حتى يستكمل سبع سنين ذكرا كان أو أنثى إذا اجتمع في الأم شروط الحضانة، وهي سبعة: العقل والحرية والدين والعفة والأمانة والإقامة، والخلو من زوج»[1].

قال ابن قدامة: «الأم إذا تزوجت سقطت حضانتها، قال ابن المنذر: أجمع على هذا كل من أحفظ عنه من أهل العلم... وحكي عن الحسن: أنها لا تسقط بالتزويج»[2].

(ج) حضانة الأم الكتابية وغير مرضية الدين:

عند الحنفية: «الذمية أحق بولدها المسلم ما لم يعقل الأديان، أو يخاف أن يألف الكفر للنظر قبل ذلك، واحتمال الضرر بعده»[3].

وقال ابن نجيم: «وَلَا لِلْفَاسِقَةِ، كما في فَتْحِ الْقَدِيرِ وَغَيْرِهِ، وفي الْقُنْيَةِ: الْأُمُّ أَحَقُّ بِالصَّغِيرَةِ، وَإِنْ كانت سَيِّئَةَ السِّيرَةِ مَعْرُوفَةً بِالْفُجُورِ ما لم تَعْقِلْ ذلك ا ه، وَيَنْبَغِي أَنْ يُرَادَ بِالْفِسْقِ في كَلَامِهِمْ هُنَا: الزِّنَا الْمُقْتَضِي لِاشْتِغَالِ الْأُمِّ عن الْوَلَدِ بِهِ بِالْخُرُوجِ من الْمَنْزِلِ وَنَحْوِهِ... وَلَا لِمَنْ تَخْرُجُ كُلَّ وَقْتٍ وَتَتْرُكُ الْبِنْتَ ضَائِعَةً»[4].

وقال النووي: «الأم أحق بالولد بالإجماع، وإن كانت كتابية أو مجوسية ؛ لأن الشفقة لا تختلف باختلاف الدين»[5].

وقال في الأم غير المرضية «إذا لم تكن أهلا للحضانة، بأن كانت فاسقة، أو تخرج كل وقت وتترك البنت ضائعة، أو كانت أمة، أو أم ولد، أو مدبرة، أو مكاتبة ولدت ذلك الولد قبل الكتابة، أو متزوجة بغير محرم، وما إذا كان الأب معسرا، وأبت الأم أن تربي إلا بأجر، وقالت العمة: أنا أربي بغير أجر، فإن العمة أولى هو الصحيح»[6].

---

(١) الإقناع للماوردي (١ / ١٦١)، وانظر: تحرير ألفاظ التنبيه (١ / ٢٩١).
(٢) المغني (٨ / ١٩٤)، وانظر: التلقين (١ / ٣٥٠ - ٣٥١)، تحرير ألفاظ التنبيه (١ / ٢٩١).
(٣) الهداية شرح البداية (٢ / ٣٨).
(٤) البحر الرائق (٤ / ١٨١ -١٨٢).
(٥) روضة الطالبين (٩ / ٣٦٧).
(٦) روضة الطالبين (٩ / ٣٦٧).

«قال الليث: ..إن كانت الأم غير مرضية في نفسها وأدبها لولدها ؛ أخذت منها إذا بلغت ؛ إلا أن تكون صبية صغيرة لا يخاف عليها»[1].

وعند الحنابلة: «ولا حضانة لفاسق ظاهرا ؛ لأنه لا وثوق به في أداء واجب الحضانة، ولا حظ للمحضون في حضانته ؛ لأنه ربما نشأ على أحواله»[2].

(د) مستجدات العصر وحكم حضانة الكتابية:

في عصر الفقهاء كان أهل الكتاب يعرفون دينهم، ويلتزمون بأحكامه إلى حدّ ما رغم ما أدخلوا على دينهم من تحريف.

فأحلّت ذبائحهم ؛ لأنهم يذبحون، وأبيحت حرائرهم ؛ لأنهم لا يزنون في العادة، وكان وجودهم في بلاد الإسلام وجود إقامة غير مبني على الزواج الذي إذا انتهى ؛ ينتهي معه سبب وجود الأم في بلد الأب.

والصورة في عصرنا اختلفت من وجوه عدّة:

فمن جهة، فإن النصارى لا يكادون يعرفون من دينهم سوى ترانيم يرددونها في الكنيسة، ويفشو فيهم الزنا وأكل المحرمات.

ومن جهة، فإن أهل الذمة لم يعد وجودهم في بلاد المسلمين خاضع لسلطان الإسلام وأحكامه. ووجود الأجنبية في بلد الأب مربوط غالباً بالزواج، وبالتالي، فإنه عند الطلاق، يفترض رجوع الأجنبية إلى بلدها، وفي فقه الحنفية قال الكاساني: «وَلَيْسَ لِلْمَرْأَةِ أَنْ تَنْقُلَ وَلَدَهَا إلَى دَارِ الْحَرْبِ وَإِنْ كان قد تَزَوَّجَهَا هُنَاكَ، وَكَانَتْ حَرْبِيَّةً بَعْدَ أَنْ يَكُونَ زَوْجُهَا مُسْلِمًا أو ذِمِّيًّا ؛ لِأَنَّ في ذلك إضْرَاراً بِالصَّبِيِّ لِأَنَّهُ يَتَخَلَّقُ بِأَخْلَاقِ الْكَفَرَةِ فَيَتَضَرَّرُ بِهِ»[3]..

ومن مستجدات العصر فيما يتصل بأحكام الحضانة: حوادث خطف الأجنبيات لأطفالهن وسفرهن بهم إلى بلادهم.

---

(١) مختصر اختلاف العلماء (٢ / ٤٥٨).

(٢) شرح منتهى الإرادات (٣ / ٢٥٠).

(٣) انظر: بدائع الصنائع (٤ / ٤٥).

ومن التشريعات التي وضعتها بعض البلدان - وهي مستمدة من التشريع الإسلامي - مما يمكن أن يقنن هذه المسألة: المادة ١٧٥ من قانون الأسرة القطري رقم (٢٢) لسنة ٢٠٠٦، جاء فيها:

(تستحق الأم غير المسلمة، ما لم تكن مرتدة الحضانة، حتى يعقل الصغير الأديان، أو يخشى عليه أن يألف غير دين الإسلام، إلا أنه لا يجوز إبقاء المحضون معها بعد بلوغه السابعة من عمره)[١].

وفي المادة ١٨٥ من قانون الأسرة القطري رقم (٢٢) لسنة ٢٠٠٦:

وإذا كانت الحاضنة أجنبية وكان سفرها عرضياً لغير إقامة إلى وطنها، فللقاضي طلب كفيل إحضار يضمن عودتها بالمحضون...

وإذا خشي ولي المحضون عدم عودة الحاضنة الأجنبية بالمحضون من سفرها، مبيناً أسباباً معقولة لذلك، فللمحكمة منعها من السفر بالمحضون، متى ترجحت لها صحة تلك الأسباب.

ولا يكون قرار السماح بالسفر بالمحضون نافذاً، إلا بعد انقضاء مهلة ثلاثة أيام من تاريخ صدوره دون استئنافه، أو بعد استئنافه وتأييده من محكمة الاستئناف[٢].

والذي أراه عند الزواج بأجنبية غير مسلمة في ظل هذه المستجدات وفي ظل سيطرة القوانين الدولية : أن يشترط في العقد تنازلها عن حق الحضانة في حال الطلاق ، والله أعلم .

---

(١) موقع: البوابة القانونية القطرية (الميزان).
http://www.almeezan.qa/LawArticles.aspx?LawTreeSectionID=8812&lawId=2558&language=ar

(٢) موقع: البوابة القانونية القطرية (الميزان).
http://www.almeezan.qa/LawArticles.aspx?LawTreeSectionID=8812&lawId=2558&language=ar

٢ – بيان أمد الحضانة وحكم التخيير:

فرّق الحنفية بين الغلام والجارية، فأبقوا الغلام في يد الأم إلى أن يستغني، أما الجارية فإلى البلوغ، «ولا خيار للغلام يعني إذا بلغ السن الذي يكون الأب أحق به كسبع مثلاً أخذه الأب، ولا يتوقف على اختيار الغلام ذلك»[1].

وقال الكاساني: «وَلِأَنَّ الْغُلَامَ إذَا اسْتَغْنَى يَحْتَاجُ إلَى التَّأْدِيبِ وَالتَّخَلُّقِ بِأَخْلَاقِ الرِّجَالِ وَتَحْصِيلِ أَنْوَاعِ الْفَضَائِلِ وَاكْتِسَابِ أَسْبَابِ الْعُلُومِ وَالْأَبُ على ذلك أَقْوَمُ وَأَقْدَرُ مع ما أَنَّهُ لو تُرِكَ في يَدِهَا لَتَخَلَّقَ بِأَخْلَاقِ النِّسَاءِ وَتَعَوَّدَ بِشَمَائِلِهِنَّ وَفِيهِ ضَرَرٌ، وَهَذَا الْمَعْنَى لَا يُوجَدُ في الْجَارِيَةِ فَتُتْرَكُ في يَدِ الْأُمِّ، بَلْ تَمَسُّ الْحَاجَةُ إلَى التَّرْكِ في يَدِهَا إلَى وَقْتِ الْبُلُوغِ لِحَاجَتِهَا إلَى تَعَلُّمِ آدَابِ النِّسَاءِ وَالتَّخَلُّقِ بِأَخْلَاقِهِنَّ وَخِدْمَةِ الْبَيْتِ، وَلَا يَحْصُلُ ذلك إلَّا أَنْ تَكُونَ عِنْدَ الْأُمِّ، ثُمَّ بَعْدَ ما حَاضَتْ أو بَلَغَتْ عِنْدَ الْأُمِّ حَدَّ الشَّهْوَةِ تَقَعُ الْحَاجَةُ إلَى حِمَايَتِهَا وَصِيَانَتِهَا وَحِفْظِهَا عَمَّنْ يَطْمَعُ فيها لِكَوْنِهَا لَحْمًا على وَضَمٍ، فَلَا بُدَّ مِمَّنْ يَذُبُّ عنها، وَالرِّجَالُ على ذلك أَقْدَرُ...»[2].

وعند المالكية: «تستمر الحضانة في الذكر إلى البلوغ على المشهور، وقيل: إلى الاثغار، وفي الأنثى إلى دخول الزوج بها»[3].

وعند الشافعية: «فإذا استكمل الولد سبعاً؛ خير بين أبويه إذا تكافأت أحوالهما، وكان مع من اختاره منهما حتى يبلغ فيملك أمر نفسه»[4]، **وقال النووي:** «وسواء في التخيير الابن والبنت وسن التمييز غالبا سبع سنين أو ثمان تقريباً»[5].

وقال أبو إسحاق الشيرازي في المهذّب: «وإن اختار أحدهما، فسلّم إليه، ثم اختار الآخر حوّل إليه، وإن عاد فاختار الأول أعيد إليه؛ لأن الاختيار إلى

---

(١) شرح فتح القدير (٤ / ٣٧٣).
(٢) بدائع الصنائع (٤ / ٤٢ – ٤٣) وانظر: الهداية شرح البداية (٢ / ٣٨).
(٣) القوانين الفقهية ص ١٤٩.
(٤) الإقناع للماوردي ص (١٦١) وانظر: التنبيه ص (٢١١).
(٥) روضة الطالبين (٩ / ١٠٣).

شهوته، وقد يشتهي المقام عند أحدهما في وقت وعند الآخر في وقت، فاتبع ما يشتهيه كما يتبع ما يشتهيه من مأكول ومشروب»[1].

وقال النووي: «فإن أكثر التنقل بحيث يظن أن سببه نقصانه وقلة تمييزه؛ جعل عند الأم كما قبل التمييز، وكذا لو بلغ على نقصانه وخبله»[2].

وعند الحنابلة: «وإذا بلغت الجارية سبع سنين، فالأب أحق بها»[3]، والغلام له الاختيار، ومتى اختار أحدهما فسلّم إليه، ثم اختار الآخر رد إليه، فإن عاد فاختار الأول أعيد إليه، هكذا أبدا كلما اختار أحدهما صار إليه؛ لأنه اختيار شهوة لحظ نفسه، فاتبع ما يشتهيه كما يتبع ما يشتهيه في المأكول والمشروب، وقد يشتهي المقام عند أحدهما في وقت، وعند الآخر في وقت، وقد يشتهي التسوية بينهما، وأن لا ينقطع عنهما[4].

٣ - تدابير احترازية لسدّ ذريعة التعسّف في استعمال حق الحضانة:

في الفقه الإسلامي عدد من الأحكام يمكن اعتبارها بمثابة تدابير احترازية تسدّ ذريعة التعسّف في استعمال حق الحضانة، ومن ذلك: أحكام الرؤية والزيارة، وأحكام النقلة التي اعتنى بها الفقهاء، ووضعوا لها الضوابط التي تحكم قصد الإضرار فيها، وفيما يلي بيان ذلك:

(أ) أحكام الرؤية والزيارة:

الأصل في الرؤية والزيارة ما ذكره الماوردي في شروط الحضانة، قال: «الشرط الخامس: اجتماع الأبوين في وطن واحد لا يختلف بهما بلد؛ ليتساويا في الولد، ويتساوى بهما حال الولد....»[5].

---

(١) المهذب (٢ / ١٧١).

(٢) روضة الطالبين (٩ / ١٠٤).

(٣) المغني (٨ / ١٩٢).

(٤) انظر: المغني (٨ / ١٩٢).

(٥) الحاوي الكبير (١١ / ٥٠٤).

ثمّ نجد في الفقه الإسلامي أحكاما ذكرها الفقهاء تؤكّد على حق الوالدَيْن في رؤية وزيارة وتربية أبنائهما سواء منهما الحاضن أو غير الحاضن بحسب ضوابط وشروط ذكرها الفقهاء.

«قال الشافعي – رضي الله عنه –: (فإن اختار أباه؛ لم يكن له منعه من أن يأتي أمه، وتأتيه في الأيام وإن كانت جارية لم تمنع أمها من أن تأتيها)».

وقال الماوردي موضّحاً: اعلم أنه لا يخلو حال الولد المكفول من أن يكون غلاماً أو جارية، فإن كان غلاماً، فله حالتان:

إحداهما: «أن يختار أمه فيأوي في الليل إليها، ويكون في النهار مع أبيه إن كان من أهل الصناعة، أو في الكتاب إن كان من أهل التعليم، وليس للأم أن تقطعه في النهار إليها؛ لما يدخل عليه من الضرر في تعطيله عن تعليم أو صناعة.

والحال الثانية: أن يختار أباه، فهو أحق به ليلاً ونهاراً؛ ليأوي في الليل إليه ويكون في النهار متصرفاً بتدبير أبيه، إما في كتاب يتعلم فيه، وإما في صناعة يتعاطاها، وعليه أن ينفذه إلى زيارة أمه في كل يومين أو ثلاثة، وإن كان منزلها قريباً، فلا بأس أن يدخل عليها في كل يوم ليألف برها، ولا يمنعه منها فيألف العقوق.

وإن كانت جارية: فلها حالتان:

إحداهما: أن تختار أمها، فتكون أحق به ليلاً ونهاراً بخلاف الغلام، لأن الجارية من ذوات الخفر فتمنع من البروز ليلاً ونهاراً لتألف الصيانة، ولأبيها إذا أراد زيارتها أن يدخل عليها مشاهداً لها ومتعرفاً لخبرها، لتألفه ويألفها، ولا يطيل، وليكن مع الأم عند دخول الأب لزيارة بنته ذو محرم أو نساء ثقات لتنتفي ريبة الخلوة بعد تحريم الطلاق.

والحال الثانية: أن تختار أباها فتكون معه وعنده ليلاً ونهاراً، فإن أرادت الأم زيارتها دخلت عليها، ولزم الأب أن يمكنها من الدخول عليها، ولا يمنعها؛

فتوله والدة على ولدها، وقد نهى عنه، وينظر حال الأب عند دخول الأم على بنتها، فإن كان خارجاً ؛ جاز أن تدخل الأم وحدها، وإن كان مع بنته في داره ؛ لم تدخل إلا مع امرأة ثقة لينتفي عنهما التهمة، ولا يحصل بينها وبين من حرمت عليه خلوة، وليس للأم إذا أرادت زيارتها أن يخرجها إليها، لأنها من ذوات الخفر فتمنع من الخروج حتى لا تألف التبرج»[1].

وفي بعض عبارات الشيرازي: «وإن كانت جارية فاختارت أحدهما كانت عنده بالليل والنهار، ولا يمنع الآخر من زيارتها من غير إطالة وتبسط ؛ لأن الفرقة بين الزوجين تمنع من تبسط أحدهما في دار الآخر»[2]، وهو مذهب الحنابلة[3].

قال النووي: «إذا اختار الأم، فليس للأب إهماله بمجرّد ذلك، بل يلزمه القيام بتأديبه وتعليمه، إما بنفسه وإما بغيره، ويتحمل مؤنته»[4].

مستجدات العصر وجزئية خروج الصغيرة إلى بيت أمّها، وجزئية زيارة غير الحاضن للطفل:

إنّ رعاية الواقع أمر لابد منه، وكثير من الأحكام الفقهية قامت على رعاية عرف الناس في عصرهم، وعلى ذلك ، فالذي أراه أن يعاد النظر في بعض الأحكام الفقهية التي بناها الفقهاء على عرف عصرهم .

ومن ذلك ما جاء في قول الشافعي - رضي الله عنه -: (ولا أعلم على أبيها إخراجها إليها ؛ إلا أن تمرض، فيؤمر بإخراجها عائدة...)[5].

فينبغي - والله أعلم - جواز خروج الصغيرة إلى بيت أمها، فإن خروج الصغيرة إلى التعليم والعمل والمسجد والسوق وأماكن الترفيه في عصرنا لم يعد

(١) الحاوي الكبير (١١ / ٥٠٧ - ٥٠٨) وانظر: روضة الطالبين (٩ / ١٠٤ -١٠٥).
(٢) المهذب (٢ / ١٧١- ١٧٢).
(٣) المغني (٨ / ١٩٣).
(٤) روضة الطالبين (٩ / ١٠٥).
(٥) الحاوي الكبير (١١ / ٥٠٨).

معه من المقبول أن نقول بعدم إحضار الصغيرة لأمها صيانة لها، وحتى لا تألف الخروج، لأن الخروج في زمننا حاصل فيما هو دون البرّ من الأغراض المختلفة.

وجزئية أخرى تحتاج إلى إعادة النظر، لما جبلت عليه النفوس من الشّح في العصور المتأخرة، وهي دخول الأم أو الأب إلى منزل الآخر لزيارة الطفل، فإن كان يترتب على ذلك ضرر، فالأوْلى اختيار مكان للزيارة، ولو في بيت الجد والجدة لأحد الأبويْن، والله أعلم.

(ب) أحكام النقلة:

قال ابن الهمام: «إذا أرادت المطلقة أن تخرج بولدها من المصر، **فليس لها ذلك لما فيه من الإضرار بالأب**؛ إلا أن تخرج به إلى وطنها وقد كان الزوج تزوجها فيه؛ لأنه التزم المقام فيه عرفا وشرعا....

والحاصل أنه لا بد من الأمرين جميعا الوطن ووجود النكاح، وهذا كله إذا كان بين المصرين تفاوت، أما إذا تقاربا بحيث يمكن للوالد أن يطالع ولده ويبيت في بيته فلا بأس به..»[1]

وفي الفقه المالكي: «وليس للأب أن يسافر بولده الصغير إلا أن يكون خروج انتقال»[2].

وفي الفقه الشافعي: قال الماوردي: «فإن سافر أحدهما فعلى ضربين:

أحدهما: أن يكون سفر الحاجة إذا نجزت عاد، فالمقيم منهما أبا كان أو أماً أحق بكفالته ابناً كان أو بنتاً، لأن المقام أودع والسفر أخطر.

والضرب الثاني: أن يكون سفره لنقلة يستوطن فيها بلداً غير بلد الآخر، **فهذا على ضربين:**

---

(١) الهداية شرح البداية (٢ / ٣٨-٣٩) وانظر: مختصر اختلاف العلماء (٢ / ٤٦٠)، وانظر: المبسوط للسرخسي (٦ / ١٦٩ - ١٧٠)، شرح فتح القدير (٤/ ٣٧٥-٣٧٦).

(٢) التلقين (١ / ٣٥١).

أحدهما: أن يكون مسافة ما بين البلدين قريبة لا يقصر في مثلها الصلاة ؛ لأنها أقل من يوم وليلة فلا يمنع من الكفالة ولا يسقط به تخيير الابن سواء انتقل أبوه أو أمه، ويخير بينهما، فأيهما اختاره كان أحق بكفالته سواء اختار المقيم منهما أو المتنقل أباً كان أو أماً؛ لأن قرب المسافة كالإقامة في انتفاء أحكام السفر، وجرى ذلك مجرى البلد الواسع إذا تباعدت، فحاله لم يمنع التنقل فيه من استحقاق الكفالة.

والضرب الثاني: أن تكون مسافة ما بين البلدين بعيدة يقصر في مثلها الصلاة، فالأب أحق بكفالة ولده لحفظ نسبه من الأم، سواء كان هو المقيم أو المنتقل»[(١)].

وقال النووي : «ولو كان الطريق الذي يسلكه مخوفا أو البلد الذي يقصده غير مأمون لغارة ونحوها لم يكن له انتزاع الولد...

وقال النووي : لو كان كل واحد من الأبوين يسافر لحاجة واختلف طريقهما ومقصدهما، فيشبه أن يدام حق الأم، ويحتمل أن يكون مع الذي مقصده أقرب أو مدة سفره أقصر. قلت: المختار أنه يدام مع الأم، وهو مقتضى كلام الأصحاب، والله أعلم»[(٢)].

وعند الحنابلة: «إذا أراد أحد الأبوين السفر لحاجة ثم يعود والآخر مقيم؛ فالمقيم أولى بالحضانة؛ لأن في المسافرة بالولد إضراراً به.

وإن كان منتقلاً إلى بلد ليقيم به، وكان الطريق مخوفا أو البلد الذي ينتقل إليه مخوفا، فالمقيم أولى بالحضانة ؛ لأن في السفر به خطراً به، ولو اختار الولد السفر في هذه الحال ؛ لم يجب إليه لأن فيه تغريراً به.

وإن كان البلد الذي ينتقل إليه آمنا وطريقه آمن، فالأب أحق به سواء كان هو المقيم أو المتنقل؛ إلا أن يكون بين البلدين قريب بحيث يراهم الأب كل يوم ويرونه، فتكون الأم على حضانتها»[(٣)].

---

(١) الحاوي الكبير (١١/ ٥٠٤).

(٢) انظر: روضة الطالبين (٩/ ١٠٧ - ١٠٨).

(٣) المغني (٨/ ١٩٣)، وانظر: بدائع الصنائع (٤/ ٤٢) .

السفر ومستجدّات العصر :

السفر من الأمور التي بنيت الأحكام الفقهية فيها على صورة لم تعد موجودة في عصرنا، فهل الحكم الذي ذكره الفقهاء فيه يبقى و لا يتغير؟ أم لا بد من إعادة النظر في بعض الأحكام .

إن السفر قديماً إما لحاجة، نحو السفر لحج، أو غزو أو تجارة أو طلب علم، وإما لنقلة.

وحيث كانت مهالك الطريق غالبة، وحظوظه نادرة، فإن الفقهاء فرّقوا بين سفر الحاجة وسفر النقلة، والحكم العام فيه فيما يتصل بالحضانة هو ما قال الشيرازي من الشافعية، قال: «وإن افترق الزوجان ولهما ولد،فأراد أحدهما أن يسافر بالولد،فإن كان السفر مخوفا أو البلد الذي يسافر إليه مخوفاً،فالمقيم أحق به.

فإن كان مميزاً؛ لم يخير بينهما ؛ لأن في السفر تغريرا بالولد....

وإن كان السفر لحاجة لا لنقلة ؛ كان المقيم أحقّ بالولد؛ لأنه لا حظ للولد في حمله وردّه.

وإن كان السفر للنقلة إلى موضع يقصر فيه الصلاة من غير خوف ؛ فالأب أحق به سواء كان هو المقيم أو المسافر؛ لأن في الكون مع الأم حضانة، وفي الكون مع الأب حفظ النسب والتأديب وفي الحضانة يقوم غير الأم مقامها، وفي حفظ النسب لا يقوم غير الأب مقامه فكان الأب أحق»[1].

والمتأمل في عبارة الشيرازي في النص السابق، وهي قوله: «وإن كان السفر لحاجة لا لنقلة كان المقيم أحقّ بالولد؛ لأنه لا حظ للولد في حمله وردّه» يفهم أنه لو كان للمحضون حظ في سفر الحاجة ؛ كأن يكون السفر لحظ الولد لتطبيب وعلاج أو سياحة مباحة، أو تعليم، وكان السفر غير مخوف، والأم مأمونة، فهل يظل المنع بحسب الحكم الفقهي؟

---

(١) انظر: روضة الطالبين (٩/ ١٠٧ - ١٠٨).

الذي أراه – والله أعلم – أن لا تمنع الحاضنة من السفر بالمحضون لحاجـة إن كان للمحضون حظ في سفر الحاجة ، وكان السفر غـير مخـوف ، والأم مأمونـة ، خاصة وأن الآباء كثيراً ما يتعسّفون في المنع من السفر اسـتناداً إلى هـذه الأحكـام الفقهية على سبيل التعنّت والتعسّف في اسـتخدام الحـق، ودون أن يوجـد سـبب معقول.

وفي **المادة ١٧٦** مـن قـانون الأسرة القطـري رقـم (٢٢) لسـنة ٢٠٠٦ م مـا يمكن النظر فيه، جاء فيها:

(للولي الاحتفاظ بجواز سفر المحضون، إلا في حالة السفر فيسلم للحاضنة، وللقاضي أن يأمر بإبقاء جواز السفر في يد الحاضـنة، إذا رأى تعنتـاً مـن الـولي في تسليمه للحاضنة وقت الحاجة.

وللحاضنة الاحتفاظ بأصل شهادة الميلاد، وأي وثائق أخرى ثبوتيـة تخـص المحضون، أو بصورة منها

مصدقة، ولها الاحتفاظ بالبطاقة الشخصية للمحضون)[1].

ونصّت المادة ١٨٥ من قانون الأسرة القطري رقم (٢٢) لسنة ٢٠٠٦ م على ما يلي: «يجوز للأم أن تسافر بالمحضون لسبب معقول إلى أي جهـة، إن لم يكـن في السفر ضرر بالمحضون، فإن منعها الولي من السفر، فيجوز للقاضي أن يمكنها من السفر، إذا تبين له أن من له حق الإذن قد تعسّف في استعمال هذا الحق»[2].

---

(١) موقع: البوابة القانونية القطرية (الميزان) /
http://www.almeezan.qa/LawArticles.aspx?LawTreeSectionID=8812&lawId=2558&language=ar

(٢) موقع: البوابة القانونية القطرية (الميزان)
http://www.almeezan.qa/LawArticles.aspx?LawTreeSectionID=8812&lawId=2558&language=ar

المبحث الثاني
التعسّف في استعمال حق الحضانة عند الفقهاء

المطلب الأوّل: تعريفات ومفاهيم:

١ - التعسف:

(أ) في اللغة :

قال الزبيدي: «عسَفَ عن الطَّرِيقِ يَعْسِفُ عَسْفاً: مالَ وعَدلَ وسارَ بغَيرِ هِدايَةٍ ولا تَوَخَّى صَوْبٍ، كاعْتَسَفَ وتعَسَّفَ.

وقالَ ابنُ الأَثِيرِ: العَسْفُ في الأَصْلِ: أَنْ يأَخذَ المُسافِرُ على غيرِ طَرِيقٍ ولا جادَّةٍ ولا عَلَمٍ، فنُقِلَ إلى الظُّلْمِ والجَوْرِ»[1].

(ب) في اصطلاح الفقهاء:

لم أقف على تعريف دقيق لدى الفقهاء القدامى يبين حقيقة التعسف ويشرح معناه ، ولفظ الإضرار أو الضرر أكثر تداولاً بينهم .

وعرفه د. فتحي الدريني في كتابه « نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي » ، قال : « مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعاً بحسب الأصل »[2].

(ج) التعسّف عند فقهاء القانون:

«كل استعمال للسلطات التي يخولها الحق لصاحبه استعمالاً يؤدي إلى الإضرار بالغير أو بالمصلحة العامة»[3].

يقول الرويس والريس في كتابهما (المدخل لدراسة العلوم القانونية) حول نظرية التعسّف في استعمال الحق من وجهة قانونية: «يقوم مضمون هذه النظرية

---

(١) تاج العروس (٢٤ / ١٥٧).

(٢) ص (٥٤)

(٣) المدخل لدراسة العلوم القانونية / د. خالد الرويس، د. رزق الريس.

على تجريد صاحب الحق من الحماية القانونية، ومنعه من استعمال حقه إذا كان هذا الاستعمال سيؤدي إلى إلحاق الضرر بالآخرين، أو بالصالح العام، بل ومساءلته عن سوء الاستعمال بما يصيب الغير من ضرر جراء هذا الاستعمال المنحرف»[1].

(د) الفرق بين التعسف والبغي والمجاوزة:

الفرق بين التعسّف وبين استعمال الإنسان ما ليس من حقّه أو مجاوزة الحق: «أن الأول: مزاولة الإنسان لحقّه لكن بطريقة غير مشروعة.

والثاني: مزاولته ما ليس من حقّه من أول الأمر، فمن يركب سيارته ويفرط من السرعة: متعسّف في استعمال الحق.

فمن يركب سيارة غيره مغتصباً لها: مستعمل غير حقه.

ومن يستأجر داراً للسكن، فيتخذها مقهى مجاوز لحقّه، ومن استعملها في السكن لكن أثقل سقفها بالأمتعة متعسّف.

ومن يهدي للقاضي الذي سيفصل في دعواه، متعسّف لأنه يتوصل بالهدية التي هي من حقّه إلي رشوة القاضي.

ومن يُرشي القاضي مستعمل ما ليس من حقه ومجاوز له قال تعالى: (ومن يتعدَّ حدود الله فأولئك هم الظالمون) وقال تعالى: (تلك حدود الله فلا تعتدوها)».

والحاصل أن الظلم والتعدّي معنى أعم من التعسّف ومن مجاوزة الحدّ، فـ:«التعدي والاعتداء: الإخلال بحق الغير بمجاوزة حقك وبالتعسّف في استعماله، فكلّ من مجاوزه الحق والتعسّف في استعمال الحق من التعدي»[2]..

---

(١) المدخل لدراسة العلوم القانونية / د. خالد الرويس، د. رزق الريس.

(٢) مجلة التنوير / العدد الرابع / بحث التعسف في استعمال حق الملكية في الفقه الإسلامي / د/ آدم دكم محمد هارون.

الفرق بين التعسّف والفعل الضار في نفسه :

الفرق بين التعسف وبين الفعل الضار أو الامتناع الضار؛ أن الأخيرين أمر غير مشروع، أي: ممنوع ومحرم من أول الأمر، أما التعسف فهو استعمال الحق المشروع على وجه غير مشروع»[1].

مما سبق نفهم أن التعسّف في استعمال الحق غير تنفيذ الحكم في قضايا الحضانة بالقوة الجبرية، كما يحصل عند خطف الأطفال أو عند امتناع تسليمهم لصاحب الحق في الحضانة[2]، وإنما هو عمل يصدر من صاحب الحق نفسه يتجاوز فيه حدود الحق .

٢ - الاستعمال:

الاستعمال معروف، واشتقاقه من العمل، وفي اللسان: «العمل: المهنة والفعل، والجمع أعمال.

عمل عملاً، و أعمله غيره، و استعمله، و استعمل فلان الّلبِن إذا ما بنى به بناء»[3].

٣- الحق:

(أ) الحق في اللغة :

«قال الراغِبُ: أصلُ الحَقِّ: المُطابقةُ والمُوافَقَة، كمُطابَقَةِ رِجلِ الباب في حُقـهِ، لدَوَرانِه على الاستِقامَةِ والحَق: خِلاف الباطِل، جَمعُه: حُقُوق وحقاقٌ... »[4]

---

(١) نظرية التعسف في استعمال الحق / أحمد فهمي أبو سنة.

(٢) انظر مثال ذلك: ما نشرته صحيفة سبق الالكترونية بتاريخ ١٨ صفر ١٤٣٥ بعنوان (العدل سجن أباً اختطف طفله الرضيع من زوجته السابقة).

(٣) لسان العرب (١١ / ٤٧٥).

(٤) تاج العروس (٢٥ / ١٦٦).

(ب) الحق عند الفقهاء:

قال أبو سنة : « هو ما ثبت في الشرع للإنسان أو لله تعالى »[1].

وقال: «ما يثبت للإنسان استيفاؤه، سواء أكان عاماً أم خاصاً، وسواء أكان حقاً متعلقاً بالمال، كحق الملك في الأعيان، وحق الانتفاع بالعين المستأجرة أم المستعارة، وحق الحبس في المرهون، أم كان حقاً غير مالي، كحق الولاية للشخص على أولاده، وحق الزوجية، ومنه: حق الطاعة لولي الأمر، وحق الشورى للأفراد الذين يتأهلون لذلك، وغيرهما من الحقوق السياسية»[2].

المطلب الثاني: التأصيل الشرعي لنظرية التعسّف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي:

١ - حكم التعسف:

التعسّف في استعمال الحق فعل محرّم، نهى عنه الله تعالى عنه في القرآن الكريم، ورسوله ﷺ في السنّة المطهّرة، وجاء فعل الصحابة ومذاهب الفقهاء على إبطاله، وفيما يلي بيان ذلك مفصّلاً:

٢- أدلة الحكم :

(أ) الأدلة من القرآن الكريم:

ورد في القرآن الكريم نهي عن أفعال يستعمل فيها المرء حقّه بقصد الإضرار بغيره تعنتاً، لا بقصد الانتفاع به، ومن ذلك.

الدليل الأوّل: قال الله تعالى: ﴿**وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِتَعْتَدُوا**﴾ (البقرة: ٢٣١)

روى الطبري بإسناده في سبب نزول الآية: «قال: نزلت في رجل من الأنصار يدعى ثابت بن بشار طلق امرأته حتى إذا انقضت عدتها إلا يومين أو ثلاثاً

(١) النظرية العامة للمعاملات ص ٥٠

(٢) نظرية التعسف في استعمال الحق / أحمد فهمي أبو سنة.

راجعها ثم طلقها، ففعل ذلك بها حتى مضت لها تسعة أشهر مضارة يضارها، فأنزل الله تعالى ذكره ﴿وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِتَعْتَدُوا﴾»[1].

الدليل الثاني: قال الله تعالى بعد بيان نصيب الأخوات لأم من الميراث: ﴿**مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَى بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَارٍّ وَصِيَّةً مِنَ اللهِ**﴾ (النساء: ١٢)

أخرج ابن أبي حاتم عن سعيد بن جبير في قوله ﴿**مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَى بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَارٍّ**﴾ يعني: من غير ضرار، لا يقرّ بحقّ ليس عليه، ولا يوصي بأكثر من الثلث، مضاراً للورثة[2].

الدليل الثالث: قال تعالى: ﴿**وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ**﴾ (البقرة: ٢٣٣).

روى ابن جرير عن مجاهد في تأويل قوله تعالى: ﴿**لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا**﴾: «لاتأبى أن ترضعه ؛ ليشق ذلك على أبيه، ولا يضار الوالد بولده، فيمنع أمه أن ترضعه ليحزنها».

الدليل الرابع: قال تعالى: ﴿وَلَا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ﴾ (البقرة: ٢٨٢).

عن ابن عباس قال: ﴿**وَلَا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ**﴾ والضرار: أن يقول الرجل للرجل وهو عنه غني: إن الله قد أمرك أن لا تأبى إذا دعيت، فيضاره بذلك وهو مكتف بغيره، فنهاه الله - عز وجل - عن ذلك وقال: ﴿**وَإِنْ تَفْعَلُوا فَإِنَّهُ فُسُوقٌ بِكُمْ**﴾.

(ب) الأدلة من السنة النبوية:

الدليل الأول: قوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار» رواه الشافعي في المسند[3]..

(١) تفسير الطبري (٢/ ٤٨١).
(٢) الدر المنثور (٢ / ٤٥٢).
(٣) مسند الشافعي (١ / ٢٢٤).

قال أبو سنة: الحقوق الشخصية والعينية ليست مختصة بأصحابها في الإسلام اختصاصاً مطلقاً، وليسوا مستبدّين في التمتع بمزاياها استبدادا،كما قد يتبادر من وصفها بالحقوق الخاصة، بل الواقع أن للجماعة حقا عاما مشتركاً بينهم .

الدليل الثاني: أن رسول الله ﷺ قال: «لا يمنع أحدكم جاره أن يغرز خشبة في جداره. قال: ثم يقول أبو هريرة: ما لي أراكم عنها معرضين! والله لأرمين بها بين أكتافكم» رواه الشافعي في المسند عن أبي هريرة – رضي الله عنه مرفوعاً –[1].

وجه الدلالة : أن الجدار ملك لصاحبه ، والأصل أن لا يملك أحد دونه حق التصرف فيه ، لكن لما كان غرز الخشبة لا يضار صاحب الجدار ، وهو نفع للآخر اعتبر المنع منه تعسفاً ، ونهى النبي – ﷺ – عنه .

(ج) عمل الصحابة:

روى الشافعي في المسند قال: أخبرنا مالك عن عمرو بن يحيى المازني عن أبيه أن الضحاك بن خليفة ساق خليجاً له من العريض فأراد أن يمر به في أرض لمحمد بن مسلمة فأبى محمد، فكلم فيه الضحاك عمر بن الخطاب – رضي الله عنه –، فدعا محمد بن مسلمة، فأمره أن يخلي سبيله، فقال محمد بن مسلمة: لا، فقال عمر: لم تمنع أخاك ما ينفعه، وهو لك نافع تشرب به أولا وآخرا ولا يضرك ؟ فقال محمد بن مسلمة: لا. فقال عمر – رضي الله عنه –: والله ليمرنّ به ولو على بطنك»[2].

وجه الدلالة: أن عمر بن الخطاب – رضي الله عنه – أمر محمد بن مسلمة أن يخلّي سبيله؛ لما يترتب على منعه من ضرر.

(د) القواعد الفقهية التي تحكم نظرية التعسف:

القاعدة الأولى: قاعدة (الأمور بمقاصدها).

وهي مأخوذة من مجموع الآيات التي تقدّمت، ومن الأحاديث وغير ذلك من الأدلة المبسوطة في كتب الفقه.

---

(١) مسند الشافعي (١ / ٢٢٤).

(٢) مسند الشافعي (١ / ٢٢٤).

وهـو الأسـاس القصـدي الـذي يقـوم عليـه مفهـوم التعسـف في الشريـعة الإسلامية[1].

القاعدة الثانية : الحيل المحرمة : قـال الأوزاعـي : « يـأتي عـلى النـاس زمـان يستحل فيه الربا بالبيع ، والخمر بالنبيذ ، والـبخس بالزكـاة وأراد بـالبخس : مـا يأخذه الـولاة باسـم العشر يتـأولون فيـه الزكـاة والصـدقات ، وقيـل : أراد بـه المكس »[2].

وقال البغوي : « الزواج والبيع عمـل مشر ـوع ، والـزواج لأجـل التحليـل والبيع لأجل الربا عمل غير مشروع ، فلما قصد بالمشروع غير المشروع ؛ **نهى عنـه الشارع ، وحكم بفساده** ...[3].

القاعدة الثالثـة: عـدة قواعـد مسـتندة إلى الحـديث الشـريف (لا ضرر ولا ضرار):

قاعدة: الضرر يدفع بقدر الإمكان، وقاعدة: الضرر يزال، وقاعـدة: الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف[4].

٢ - أحوال التعسّف في استعمال الحق :

ذكرت التقنينات الحديثة ثلاثة أحوال للتعسّف في استعمال الحق:

الأول: أن يأتي الإنسان بعمل مشروع ويقصد به الإضرار بالغير من غـير أن تكون له مصلحة فيه.

الثاني: أن يأتي بعمل مشروع للحصول على مصلحة ضئيلة له لا تتناسب مع الضرر العظيم الذي لحق الغير من جراء هذا العمل.

الثالث: أن يأتي بعمل مشروع يقصد به تحقيق مصلحة غير مشروعة.

---

(١) انظر : التعسف في استعمال حق الملكية / سعيد أمجد الزهاوي ص ١٠٨ وما بعدها .

(٢) شرح السنة (٨/ ١٩٣) .

(٣) نظرية التعسف في استعمال الحق / أحمد فهمي أبو سنة / مجلة الأزهر .

(٤) قواعد الفقه (١ / ٨٨).

وقد نصّ على هذا القانون المصري في المادة ٤، ٥ والقانون السوري ٥، ٦ .

وهذا الذي ذكرته القوانين الحديثة ؛ ذكره الفقه الإسلامي أيضاً، بل هو الأسبق إلى ذكره، وكما يقول أبو سنّة: «نظرية التعسف في استعمال الحق تسميتها بهذا الاسم منقولة عن رجال الحقوق الغربيين، ولكن هذه النظرية عرفها الإسلام منذ أرسل الله رسوله، وأنزل عليه قرآنه، واعتنقه الناس دينا، وطبقوه في قضاياهم وسائر علاقاتهم شريعة محكمة، بيّن الحق كما بيّن مصادره وأنواع التعدي عليه مباشرة وتسببا وعمدا وخطأ وعن طريق التحايل والذريعة، فلم يترك قانونه قضية من غير حكم. ولكن الذين يقرؤون لرجال القانون من الغرب ولا يقرؤون الفقه الإسلامي؛ دأبوا على أن يعجبوا بكل ما يقوله الغرب على حين يتهمون الفقه بقصر نظرياته وجمود أحكامه»[1].

وبيان حالات التعسّف في استعمال الحقّ مقروءة من سطور الفقه الإسلامي فيما يلي:

الحالة الأولى:

«إذا لم يقصد صاحب الحق من الاستعمال سوى الإضرار بالغير»[2].

ومنه: وقف المدين ماله فراراً من الدائن.

ومنه: طلاق المريض لزوجته فراراً من الميراث.

أو إقرار المريض بالدين لمن ليس له عليه شئ يقصد بذلك الإضرار بالدائنيين أو الورثة، فإن هذا الإقرار يقع باطلاً[3].

الحالة الثانية:

«إذا كانت المصالح التي يهدف صاحب الحق إلى تحقيقها لا تتناسب مع الضرر الذي يصيب المجتمع أو الغير جراء هذا الاستعمال»[4].

---

(١) انظر نظرية التعسف في استعمال الحق / أحمد فهمي أبو سنة / مجلة الأزهر .

(٢) المدخل لدراسة العلوم القانونية / د. خالد الرويس، د. رزق الريس.

(٣) مجلة التنوير / العدد الرابع / بحث التعسف في استعمال حق الملكية في الفقه الإسلامي / د/ آدم دكم محمد هارون.

(٤) المدخل لدراسة العلوم القانونية / د. خالد الرويس، د. رزق الريس.

ومن أمثلة ذلك: «الاحتكار: وهو جمع ما يحتاج إليه الناس من غذاء أو دواء أو كسوة أو علف في أوقات الغلاء أو القحط. ويقصد المحتكر بذلك أن يبيع هذه السلعة للناس بثمن غالٍ: فإن المحتكر يريد من ذلك مصلحة الربح الكثير؛ لكنه يترتب علي هذا ضرر عظيم يلحقه بالجماعة، وقد نهى النبي ﷺ بقوله: (الجالب مرزوق والمحتكر ملعون)، ومن هنا، يمنع من الاحتكار ويباع على المحتكر ما احتكره بثمن المثل إن امتنع من البيع بثمن معتدل»[١].

والحكم مختص بالأقوات؛ لأنها التي يقع بها الضرر[٢].

الحالة الثالثة:

«إذا كانت المصالح التي يهدف صاحب الحق إلى تحقيقها غير مشروعة»[٣]، وذلك بـ«أن يستعمل حقّه المشروع عقداً أو غيره يقصد به تحقيق غرضٍ غير مشروع مغاير للغرض، ومنعه له الشرع، من ذلك: زواج التحليل، فإن الزواج موضوع للعشرة الدائمة وتكوين الأسرة، وقصد به عمل مؤقت مذموم عند الله...»[٤].

(١) مجلة التنوير / العدد الرابع / بحث التعسف في استعمال حق الملكية في الفقه الإسلامي / د/ آدم دكم محمد هارون.

(٢) انظر: المهذب (١ / ٢٩٢).

(٣) المدخل لدراسة العلوم القانونية / د. خالد الرويس، د. رزق الريس.

(٤) مجلة التنوير / العدد الرابع / بحث التعسف في استعمال حق الملكية في الفقه الإسلامي د/ آدم دكم محمد هارون.

أبيض

المبحث الثالث

صور التعسف في استعمال حق الحضانة في الفقه والمستجدات المعاصرة

أوّلاً: صور التعسّف في استعمال حق الحضانة عند الفقهاء:

١ - التعسّف في زيادة الأجر في الرضاعة:

عند الحنفية: «إن كان يجد من يرضعه بأقل مما ترضعه المرأة، ولم تأخذه المرأة بذلك؛ استأجر الظئر لترضعه، قال الله تعالى: ﴿**وَإِنْ تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُ أُخْرَى**﴾، لأنها قصدت الأضرار بالزوج في التحكم عليه وطلب الزيادة؛ إلا أن الظئر تأتي فترضعه عند أمه، وليس للأب أن يأخذ الولد منها لأن حق الحضانة لها، فلا يملك الأب إبطال حقها، وإن أخذته الأم بمثل ذلك فهي أحق به؛ لأنها أشفق على الولد من الظئر ولبنها أوفق له، والأب في هذا الموضوع قاصد إلى الإضرار والتعنت حين رضي بدفع مقدار إلى الظئر، ولا يرضى بدفع مثل ذلك إلى الأم»[1].

وفي المغني لابن قدامة: «أن الأم إذا طلبت إرضاعه بأجر مثلها، فهي أحق به سواء كانت في حال الزوجية أو بعدها وسواء وجد الأب مرضعة متبرعة أو لم يجد.

وإن وجد متبرعة أو من ترضعه بدون أجر المثل؛ له انتزاعه منها في ظاهر المذهب؛ لأنه لا يلزمه التزام المؤنة مع دفع حاجة الولد بدونها»[2].

٢ - التنازل عن حق الحضانة في الخلع إذا ترتب عليه ضرر صورة من صور التعسّف:

عند الحنفية: «إذا اختلعت المرأة من زوجها على أن تترك ولدها عند الزوج فالخلع جائز، والشرط باطل، لأن الأم إنما تكون أحق بالولد لحق الولد، فإن كون

(١) المبسوط للسرخسي (٥ / ٢٠٨- ٢٠٩) وانظر: بدائع الصنائع (٤ / ٤١).
(٢) انظر: المغني (٨ / ٢٠٠).

الولد عندها أنفع له،... وإذا ثبت أن هذا من حق الولد، فليس لها أن تبطله بالشرط»[1].

وعند المالكية، جاء في المدوّنة: «(قلت): أرأيت إذا اختلعت المرأة من زوجها على أن يكون الولد عند أبيهم أيكون ذلك للأب، أم لا يجوز هذا الشرط في قول مالك؟ (قال): قال مالك: للأب ذلك والشرط جائز؛ إلا أن يكون ذلك مضراً بالصبي، مثل أن يكون يرضع وقد علق أمه فيخاف عليه إن نزع منها أن يكون ذلك مضراً به، فليس له ذلك.

(قال ابن القاسم): وأرى له أخذه إياه منها بشرطه إذا خرج من حدّ الإضرار به والخوف عليه»[2].

ثانياً: الصور المستجدة للتعسّف في استعمال حقّ الحضانة وأثرها على الطفل والمجتمع:

يمكن تقسيم المستجدّات من صور التعسّف إلى قسميْن:

القسم الأوّل: التعسّف في استعمال الحق بشكل مباشر ضد المحضون.

وتُمثِّل هذا القسم: قضايا العنف ضد الأطفال الذين في سنّ الحضانة، وهو سن ما قبل البلوغ.

القسم الثاني: التعسّف في استعمال الحق بشكل غير مباشر ضد القريب غير الحاضن، وينعكس بشكل مباشر على المحضون، وأظهر صورها:

١ – حرمان القريب غير الحاضن من حق الرؤية والزيارة.

٢ – المماطلة في القيام بحق الكفالة وما يتصل به.

٣ – التعسّف في تقدير ودفع النفقة للأولاد الذين في حضانة الأم.

---

(١) انظر: المبسوط للسرخسي (٦ / ٧).

(٢) المدونة الكبرى (٥ / ٣٤-٣٤٤)، وانظر: تهذيب المدونة (١/ ٤١٣).

وفيما يلي التوضيح:

القسم الأوّل: التعسّف في استعمال الحق بشكل مباشر ضد المحضون:

الصورة الأولى: العنف ضد الأطفال:

جاء في بعض الصحف المحلية عن مصدر مطلع: «أن العام الماضي ١٤٣٣هـ شهد ٣٤٠ حالة عنف ضد الأطفال، ووفاة طفلين جراء العنف في جدة»...

ونقلت الصحيفة أن: «الإحصائيات عن العنف الجسدي ضد الأطفال مخيفة، ويحصل العنف الجسدي بنسبة ٣٢ في المائة في الأطفال أقل من ٥ سنوات، بينما ٢٧ في المائة في الأطفال بين ٥-١٠ سنوات، و٢٧ في المائة في الأطفال بين ١٠-١٥ سنة و١٥ في المائة في الأطفال بين ١٥-١٨ سنة، مبيناً أنه أثناء فحص الطفل المعنف في قسم الطوارئ قد يظهر عليه ما يلي: الخوف، الرعب، الانسحاب، تقلب المزاج، العدوانية، الحزن والاكتئاب أو القلق، قلة الثقة بالنفس، التأخر في النمو، السلوك الإيذائي أو الانتحاري تجاه الذات، الصعوبة في بناء العلاقات مع الآخرين، المحاولة لتغطية الجروح، والخوف من الاعتراف بسبب الإيذاء»[1].

ونشرت صحيفة أخرى تصريحاً لرئيسة برنامج الأمان الأسري بالمملكة يفيد: «أنه تم استقبال ٦٠٠٠ مكالمة خلال العام الماضي على الرغم من أنه لم يتم الإعلان عن الخط بشكل رسمي»[2].

وهذه الأرقام ولو لم نأخذ بها كون الصحف ليست مصدراً لتوثيق الدراسات العلمية، لكنها تكفي في إعطائنا مؤشّراً على صورة من الصور المستجدّة للتعسّف في استعمال حق الحضانة في عصرنا.

والعنف ضد الأطفال ليس محصوراً في الإيذاء الجسدي بالضرب الشديد والتخويف، وإنما له صور متعددة، أشهرها:

---

(١) انظر: جريدة الاقتصادية، الأحد ٣٠ رجب ١٤٣٤ هـ. الموافق ٠٩ يونيو ٢٠١٣ العدد (٧١٨١).

(٢) جريدة الرياض، الجمعة ٩ ربيع الآخر ١٤٣٣، ٢مارس ٢٠١٢ م العدد (١٥٩٥٧).

١- الإساءة الجسدية: وهي أية إصابة للطفل لا تكون ناتجة عن حادث، وقد تتضمن الإصابة الكدمات أو الخدوش أو آثار ضربات أو لكمات بالجسم أو الخنق والعض والدهس والمسك بعنف وشد الشعر والقرص والبصق، أو كسور في العظام أو الحرق أو إصابة داخلية أو حتى الإصابة المفضية إلى الموت.

٢- الإساءة الجنسية وهي حالة ما يعمد شخص أكبر إلى استخدام الطفل لأجل أغراض جنسية مثل الاغتصاب والتحرش الجسدي والجنسي...

٣- الإساءة الانفعالية: استخدم bassared.hard مجموعة من صور الإيذاء النفسي الذي يظهر في الأشكال الآتية:

- الازدراء: وهو نوع من التصرف يجمع بين الرفض والذل فمثلا يرفض أحد الوالدين مساعدة الطفل، ويرفض الطفل نفسه وقد ينادي الطفل بأسماء تحط من قدره ووصفه بأنه وضيع.
- الإرهاب: ويتمثل بالتهديد والإيذاء الجسدي للطفل أو التخلي عنه إذا لم يسلك سلوكاً معيناً أو بتعريض الطفل للعنف أو التهديد من قبل أشخاص يحبهم أو تركه بمفرده في حجرة مظلمة.
- العزلة: وهي عزل الطفل عن من يحبهم أو أن يترك بمفرده لفترات طويلة،وربما يمنع من التفاعلات مع الزملاء أو الكبار داخل وخارج العائلة.
- الاستغلال والفساد: ويتضمن تشجيع الطفل على الانحراف مثل تعليمه سلوكاً إجرامياً،أو تركه مع خادم، أو تشجيعه على الهروب من المدرسة أو الاشتراك في أعمال جنسية.
- إهمال لردود الأفعال العاطفية: ويتضمن إهمالا لمحاولات الطفل التفاعل مع الكبار مثل اللمس والكلام والقبلة، والوالدان هنا يشعران الطفل أنه غير مرغوب فيه عاطفياً.

٤- الإهمال: مثل ترك الطفل غالباً وحيداً لمدة طويلة، أو يهمله الوالدان بما يتسبب فيه حدوث مشكلات انفعالية أو صحية للطفل.

٥- الإساءة الصحية: ويتمثل في معاناة الطفل من الجوع والبنية الهزيلة والتقمل والملابس غير المناسبة، ويشعر الطفل نتيجة لذلك بعدم وجود أحد يرعاه(١).

ويمكن أن يضاف إلى صور الإساءة إلى الأطفال والتعسّف في استعمال حق الحضانة:

٦ - ما نراه في الشوارع وعند إشارات المرور وفي زحمة السيارات من استخدام الأطفال تحت سن البلوغ وأحياناً تحت السابعة في ترويج بعض المبيعات للمارة.

آثار التعسّف في استعمال حق الحضانة بالعنف في معاملة المحضون:

ذكرت الدراسات الحديثة أن العنف - بمختلف صوره التي ذكرناها - يولّد: ضعف الثقة في النفس، فالطفل الذي لم تنم لديه الثقة في نفسه وقدراته ويخاف من المبادرة في القيام بأي عمل أو إنجاز، يخاف الفشل ويخاف التأنيب لذا تراه مترددا في القيام بأي عمل، والشعور بالإحباط، والعدوان، و شعور الفرد بالقلق الدائم وعدم الاستقرار النفسي والتوتر والأزمات والمتاعب والصدمات النفسية والشعور بالذنب والخوف من العقاب فضلا عن الشعور بالعجز والنقص والصراع الداخلي، والمشكلات النفسية والسلوكية الطويلة الأمد، وهو اضطراب يظهر في متلازمة من الأعراض مثل (الخوف الشديد والهلع والسلوك المضطرب أو غير المستقر ووجود صور ذهنية أو أفكار أو إدراكات أو ذكريات متكررة وملحة عن الصدمة والأحلام المزعجة (الكوابيس) أثناء النوم والسلوك الانسحابي والاستثارة الزائدة وصعوبة التركيز وصعوبات النوم، وسلوكات شاذة وغريبة وتشمل عادات غريبة في الأكل والشرب والنوم والسلوك الاجتماعي واضطراب في النمو الذهني والعجز عن الاستجابة أو للمنبهات

(١) آثار العنف وإساءة معاملة الأطفال على الشخصية المستقبلية / سوسن شاكر حلبي / الحوار المتمدن / العدد (٨٣٩) / ١٩ / ٥ / ٢٠٠٤ م http://www.ahewar.org/debat/show.art.asp?aid=18331

المؤلمة كما يظهر لدى هؤلاء الأطفال أعراض انفعالية تتضمن الغضب والإنكار والكبت والخوف ولوم الذات والشك والشعور بالعجز وانخفاض تقدير الذات والشعور بالذنب والبلادة[1].

القسم الثاني: التعسّف في استعمال الحق بشكل غير مباشر ضد المحضون:

الصورة الأولى: حرمان القريب غير الحاضن من حق الرؤية والزيارة:

نشرت بعض الصحف المحلية بالمملكة العربية السعودية عن عضو برنامج الأمان الأسري الوطني: «أنه بعد نقل الولاية للأب يتم حرمان الأم من رؤية الأبناء، وتتعب المطلقة في المحاكم لكي تثبت حقها في اللقاء بأبنائها.....»[2].

وجاء في جريدة الأهرام المصرية: «أن في مصر نحو ٧ ملايين طفل يخضعون لأحكام قانون الرؤية، و٣ ملايين أب غير حاضن محرومون من أبنائهم»[3].

ونشرت بعض الصحف ما يلي: «أكد بعض المحامين خلال حديثهم حول القضايا الناجمة عن منع الزوجة طليقها من رؤية أولاده ، حيث تعْمَدُ كثير من النساء إلى إخفاء الأطفال من خلال تغيير مكان الإقامة دون إطلاع الزوج، ما يجعل هذا الأخير يبدأ رحلة البحث عن مقرّ سكن أولاده قبل أن يقرر اللجوء إلى العدالة التي تستدعي الزوجة عن طريق برقية رسمية، ويمكن أن تعاقب قانونياً إذا ما تم إثبات حالة التهرب من تسليم الأولاد لوالدهم حسب عدد الزيارات التي يسمح بها، وهو ما حدث مع أحدهم، حيث أكّد خلال مثوله أمام هيئة مجلس قضاء العاصمة أن زوجته عمدت إلى تغيير محل إقامتها لتحرمه من رؤية بناته لأكثر من ثمانية أشهر قبل أن يقرر مقاضاتها. رجال آخرون لم يجدوا من سبيل للاستفراد بأولادهم سوى اللجوء إلى خطفهم انتقاماً من الأم»[4].

---

(١) انظر: آثار العنف وإساءة معاملة الأطفال على الشخصية المستقبلية / سوسن شاكر حلبي / الحوار المتمدن / العدد (٨٣٩) / ١٩ / ٥ / ٢٠٠٤ م http://www.ahewar.org/debat/show.art.asp?aid=18331

(٢) صحيفة المدينة / ٢٠/٢/١٤٣٥ هـ ٢٣/١٢/٢٠١٣ م / العدد: ١٨٥٠٦، مقال: نزاعات الحضانة.. عذاب الأمهات وطريق الأطفال إلى الضياع http://www.al-madina.com/node/494363

(٣) جريدة الأهرام / بقلم عصام هاشم: http://digital.ahram.org.eg/articles.aspx?Serial=895044&eid=573

(٤) مقال (مطلقات يمتنعن عن تسليم الأطفال وأزواج يلجأون لخطفهم) / جريدة السلام اليوم / صبرينة.ب، ١٩/٠٥/٢٠١٢.

الصورة الثانية: المماطلة في القيام بحقّ الكفالة وما يتصل به:

يتعنّت بعض الآباء في استعمال حق الولاية، فيعطّلون مصالح المحضون، فتشتكي المطلّقات من امتناع الآباء عن إصدار هوية للمحضون، أو تقديم أوراقه لإلحاقه بالتعليم، ويتضرر الطفل من جراء تصفية حسابات قديمة بين الرجل وطليقته.

وما يحتاج دراسات موضّحة من الفقهاء المعاصرين هو تحديد اختصاصات الولاية، وهل حق الأب في الولاية الشرعية يقتصر على الإقرار بالنسب، وولاية التزويج، والنظر في مال الصغير، بما معه يمكن القول: إن عدم إنكار الولد بعد مضي المدة على ولادته أو إصدار الأب شهادة الميلاد يوم ولادة الطفل دليل على ثبوت بنوته، وبالتالي يكون استكمال الأوراق الثبوتية للمحضون بعد إقراره بنسبه حقاً محضاً للمحضون، ويكون الامتناع عن القيام بالواجب إذا تضرر به المحضون تعسّفاً، وعلى القاضي أن يجبره أو أن ينيب عنه غيره على السواء.

الصورة الثالثة: التعسّف في تقدير ودفع النفقة للأولاد الذين في حضانة الأم:

نشرت بعض الصحف المحلية بالمملكة العربية السعودية عن عضو برنامج الأمان الأسري الوطني: «أنه في ظل الغلاء المعيشي الذي نواكبه الآن يقرر لكل واحد من الأبناء (من ٣٥٠ إلى ٥٠٠ ريال شهريا) بحسب جنسه ذكراً أو أنثى دون مراعاة لظروف الحياة، ودون النظر في واقع الأب، فبعض الآباء يكون دخله عاليًا، ويفرض عليه بذلك المبلغ الزهيد أو تجبر المرأة على التنازل عن الحضانة إذا لم تقبل بهذا القدر»[1].

آثار التعسّف في استعمال حق الحضانة ضد القريب غير الحاضن:

إن من أسوأ ما يواجهه الطفل في حياته طلاق والديه، بل إن الطلاق والفرقة من أسوا ما يعترض الأسر التي هي لبنة المجتمع، يدل على ذلك ما رواه

---

(١) صحيفة المدينة / ٢٠/٢/١٤٣٥ هـ ٢٣/١٢/٢٠١٣ م / العدد: ١٨٥٠٦، مقال: **نزاعات الحضانة.. عذاب الأمهات وطريق الأطفال إلى الضياع** http://www.al-madina.com/node/494363

مسلم في صحيحه: «عن جَابِرٍ قال: قال رسول اللهَّ ﷺ: إِنَّ إِبْلِيسَ يَضَعُ عَرْشَهُ على الْمَاءِ ثُمَّ يَبْعَثُ سَرَايَاهُ، فَأَدْنَاهُمْ منه مَنْزِلَةً أَعْظَمُهُمْ فِتْنَةً، يَجِيءُ أَحَدُهُمْ فيقول: فَعَلْتُ كَذَا وَكَذَا. فيقول: ما صَنَعْتَ شيئا. قال: ثُمَّ يَجِيءُ أَحَدُهُمْ فيقول: ما تَرَكْتُهُ حتى فَرَّقْتُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ امْرَأَتِهِ. قال: فَيُدْنِيهِ منه، وَيَقُولُ: نِعْمَ أنت. قال الْأَعْمَشُ: أُرَاهُ قال فَيَلْتَزِمُهُ»[1].

وهذا الحديث يدلّ على عظم خطورة تشتيت الأسرة المسلمة، فما بالنا إذا كان مع ذلك شقاق ونزاع وكيد وتصفية حسابات، والله تعالى يقول: ﴿**أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ**﴾ (البقرة: ٢٢٩)!. لاشكّ أن للنزاع بين الوالدين بعد الطلاق أسوأ الأثر على الطفل نفسياً واجتماعياً وعلمياً بل يمتد ليورث العقوق والحقد والكره، وكل ذلك يتنافى مع ما جاء به الإسلام من حسن الخلق وبر الوالدين.

ثالثاً: قانون تنفيذ العقوبات في قضايا الحضانة في المملكة العربية السعودية:

إنّ القضاء في فصله في قضايا التعسّف الذي ترك لنظر القاضي قديماً ؛ شرّعت له قوانين حديثاً، وهي من قبيل السياسة الشرعية التي لا تخرج عن باب التعزير.

ووجود القوانين يحجّم إلى حد كبير الخطأ، وهذا ما اتّجه إليه القضاء في المملكة العربية السعودية.

ففيما يخصّ العنف ضد الأطفال:

١ - أنشأت وزارة الشؤون الاجتماعية:

الإدارة العامة للحماية الاجتماعية:

تم إنشاء الإدارة العامة للحماية الاجتماعية بموجب القرار الوزاري رقم ١/ ١٠٧٧١/ ش وتاريخ ١/ ٣/ ١٤٢٥هـ لخدمة حالات العنف الأسري وهي

---

(١) صحيح مسلم (٤ / ٢١٦٧)، بَاب تَحْرِيشِ الشَّيْطَانِ وَبَعْثِهِ سَرَايَاهُ لِفِتْنَةِ الناس وَأَنَّ مع كل إِنْسَانٍ قَرِينًا (٢٨١٣).

الطفل دون سن الثامنة عشر والمرأة أيا كان عمرها، كما صدر قرار مجلس الـوزراء الموقر رقم ٣٦٦ في ٣/ ١٢/ ١٤٢٩هـ القـاضي بعـدد مـن الإجـراءات الخاصـة بالحماية الاجتماعية.

أهداف الإدارة:

١- تقديم الحماية الاجتماعية للمرأة أيا كان عمرها والطفل دون سن الثامنـة عشرة، وبعض الفئات المستضعفة من التعرض للإيـذاء والعنـف الأسري بشـتى أنواعه.

٢- إنشاء لجان للحماية الاجتماعية في المناطق والمحافظات تعمل مع الجهات ذات العلاقة بشكل مباشر مع الحالات المتعرضـة للعنـف بـما يحقـق لهـم الأمـن الاجتماعي ويراعي مصالحهم.

٣- افتتاح وحدات للحماية الاجتماعية بالمناطق والمحافظـات والتعاقـد مـع عدد من الجمعيات الخيرية لافتتاح أقسام للحماية الاجتماعية.

٤- المسـاهمة والإعـداد للدراسـات العلميـة المتنوعـة عـن مشـكلة العنـف الأسري، ووضع السبل الوقائية العلاجية لها بالتعاون مع الجهات ذات العلاقة.

٥- نشر الوعي بين أفـراد المجتمـع حـول ضرورة حمايـة أفـراد الأسرة مـن الإيذاء والعنف.

٦- التدخل السريع في حالات الإيذاء والتنسيق الفوري مـع الجهـات ذات العلاقـة (الحكوميـة والأهليـة) لخدمـة ضـحايا العنـف الأسري في المجتمـع السعودي.

٧- وضع إستراتيجية وطنية شاملة للحد من مشـكلة العنـف الأسري عـلى جميع المستويات بالتعاون مع الجهات ذات العلاقة.

ومما قامت به هذه الإدارة: إنشاء مركز تلقي البلاغـات عـلى الـرقم المجـاني (١٩١٩) :تم إنشاء هذا المركز بوزارة الشؤون الاجتماعية لغرض تلقي البلاغات من ضحايا الإيذاء والعنف الأسري وهم الطفل دون سن الثامنة عشر والمرأة أيـا

كان عمرها، وذلك ليتسنى إرشادهم نحو أقرب جهة أو مكان يتلقوا فيه المساعدة اللازمة في أي منطقة من مناطق المملكة.[1]

٢ - **نقلت بعض الصحف والمواقع الإلكترونية: أنه قد** «أقر مجلس الوزراء السعودي، بتاريخ ٢٦ أغسطس ٢٠١٣، نظاما خاصا للحد من الإيذاء يصبح ساري المفعول بعد تسعين يوماً من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية. ورغم أنه اصطلح على تسميته بـ«قانون العنف الأسري»، يلحظ أنه لم يقتصر فقط على العنف المنزلي بل تعداه ليشمل مكان العمل، فالإيذاء هو «كل شكل من أشكال الاستغلال، أو إساءة المعاملة الجسدية أو النفسية أو الجنسية، أو التهديد به، يرتكبه شخص تجاه شخص آخر، بما له عليه من ولاية أو سلطة أو مسؤولية، أو بسبب ما يربطهما من علاقة أسرية أو علاقة إعالة أو كفالة أو وصاية أو تبعية معيشية». والى جانب الإيذاء،يعاقب النظام أيضا على إساءة المعاملة التي «هي امتناع شخص أو تقصيره في الوفاء بواجباته أو التزاماته في توفير الحاجات الأساسية لشخص آخر من أفراد أسرته أو ممن يترتب عليه شرعاً أو نظاماً توفير تلك الحاجات لهم».

والهدف المعلن للقانون الجديد: هو توفير الحماية من الإيذاء بكافة أشكاله وتقديم المساعدة والمعالجة وتوفير الإيواء والرعاية النفسية والاجتماعية والصحية، كما يلزم كل من اطلع على حالة إيذاء بالتبليغ عنها فوراً، فضلاً عن نصه على عقوبات بالحبس مدة لا تقل عن شهر ولا تزيد عن سنة وغرامة لا تقل عن ٥ آلاف ريال (١٣٠٠ دولار) ولا تزيدعن٥٠ ألف ريال (١٣ ألف دولار)[2]..

---

(١) موقع وزارة الشؤون الاجتماعية / http://mosa.gov.sa/portal/

(٢) **http://www.legal-agenda.com/newsarticle.php?id=462&lang=ar#.UvX04P1DEaI**، bbc الالكترونية الخميس، ٢٩ أغسطس/ آب، ٢٠١٣، ٠٢:٢٢ GMT.

وفيما يخص التعسّف في استعمال حق الحضانة ضد القريب غير الحاضن:

نصت المادة الرابعة والسبعون من نظام التنفيذ على:

تنفذ الأحكام الصادرة بحضانة الصغير وحفظه والتفريق بين الزوجين ونحو ذلك مما يتعلق بالأحوال الشخصية جبرا ولو أدى ذلك إلى الاستعانة بالقوة المختصة (الشرطة) ودخول المنازل، ويعاد تنفيذ الحكم كلما اقتضى الأمر ذلك.

وهذه المادة صريحة في أن تنفيذ الأحكام المتعلقة بحضانة الصغير أو تسليمه لوالدته وغيره من قضايا الحقوق الأسرية تنفذ ولو باستعمال القوة عن طريق الشرطة وأن هذا التنفيذ لا يحتاج إلى صدور أمر قضائي آخر به، وإنما يجري التنفيذ بالقوة الجبرية كلما اقتضى الأمر ذلك، فعلى سبيل المثال لو حكم للمرأة بحضانة طفلها، وحكم لوالده بالزيارة وعند زيارة الطفل لوالده امتنع من إعادته لوالدته فهنا لا تحتاج الوالدة إلى إقامة دعوى بل يجري التنفيذ مباشرة من قبل الشرطة بتسليم الطفل لوالدته.

وقد حددت اللائحة التنفيذية لهذه المادة الطريق الأمثل في معالجة تنفيذ أحكام الحضانة والزيارة حيث نصت الفقرة ٧٤/ ١ على:

يراعي القاضي في تنفيذ قضايا الحضانة والزيارة ما يأتي:

(أ)التدرج في التنفيذ بالنصح والتوجيه، ثم ترتيب مراحل تسليم المحضون بما لا يضر بالمنفذ له، والمنفذ ضده، والمحضون مع إفهام الممتنع بمقتضى المادة الثانية والتسعين.

(ب) إذا أصر المنفذ ضده على الامتناع بعد انقضاء مرحلة التدرج التي يقدرها القاضي المشار إليها في الفقرة أ ينفذ الحكم جبراً

(ج) في حال امتناع المنفذ ضده عن التنفيذ أو حال امتناعه عن الحضور أو إخفائه للمحضون أو المزور ؛ للقاضي اتخاذ أحد الإجراءات التالية أو كلها في حقه:

١- المنع من السفر.
٢- الأمر بالحبس.
٣- الأمر بإيقاف خدماته الحكومية.
٤- الأمر بإيقاف خدماته في المنشآت المالية.

ويتضح من هذه الفقرات في اللائحة التنفيذية الحزم في تسليم المحضون أو المزور في الوقت المحدد وتقرير العقوبة اللازمة للممتنع[1].

وجاء في شرح مركز الدراسات القضائية التخصصي للمادة الرابعة والسبعين: كثيرا ما يتردد القائمون على الجهات التنفيذية أمام امتناع أحد الأبوين عن تنفيذ أحكام الحضانة أو الزيارة أو التفريق بين الزوجين باعتبار أن دافع الامتناع ما جبل عليه الإنسان من تعلّق بالأولاد الصغار وصعوبة مفارقتهم وما يصحب ذلك من صياح وعويل وربما مكابرة وعناد شديد، الأمر الذي يتردد معه القائمون على تنفيذ مثل تلك الأحكام متناسين الآثار السلبية في ذلك التردد وهو تعطيل الأحكام القضائية وحرمان المحكوم له من حقه الذي لا يقل عن الطرف الممتنع وربما يفوقه بمراحل كثيرة جاعلاً الحكم القضائي لصالحه.

ولهذا جاءت هذه المادة للتأكيد على أن الامتناع عن تنفيذ أحكام الحضانة والزيارة والتفريق بين الزوجين ليس بأقل من الامتناع عن تنفيذ ما سواها من الأحكام، وبالتالي فإن استخدام القوة الجبرية عن طريق الشرطة ودخول المنازل عنوة أمرٌ يصار إليه عند الاقتضاء مراعاةً لحق المحكوم عليه، وإنفاذاً لأحكام القضاء.

كما أن لقاضي التنفيذ في حال قيام أحد الأبوين أو غيرهما بالهروب بالأطفال أو إخفائهم أو بأي فعل يمنع من تنفيذ أحكام الحضانة أو الزيارة المتعلقة بهم، أن يقوم بمنعه من السفر أو الحكم بالحبس أو الأمر بوقف خدماته وتعاملاته المالية وغيرها حتى يتم التنفيذ.

---

(١) وزارة العدل / **البوابة الالكترونية / حقوق المرأة في الأنظمة القضائية السعودية.**
http://www.moj.gov.sa/ar-sa/Pages/WomenRights.aspx

كما أن هذا الإجراء الجبري يمكن إعماله كلما احتيج إليه في تنفيذ الزيارة المتكررة، فيتم الاستعانة بالشرطة ويتم دخول المنازل عنوة كلما حدث موجب لذلك، وهو الامتناع عن تنفيذ مثل تلك الأحكام[1].

نصت المادة السادسة والسبعون من نظام التنفيذ على:

يحدد قاضي التنفيذ طريقة تنفيذ الحكم الصادر بزيارة الصغير ما لم ينصّ الحكم عليها، ويجري التنفيذ بتسليم الصغير في مكان مهيأ لذلك وفق ما تحدده اللائحة على ألا يكون في مراكز الشرطة ونحوها.

وهذه المادة فيها مراعاة لنفسية الصغير ووالدته وحفظ لكرامة المرأة بحيث تستلم أو تسلم الصغير في أماكن معدة لذلك، وليس في مراكز الشرطة التي هي محل للقبض على أصحاب الجنايات والجرائم.

وقد نصّت اللائحة التنفيذية على المكان الذي يتم فيه تسليم الصغير لوالدته، وأن ذلك يكون في مقر سكنها إذا كان لها سكن في نفس البلد أو في مقرّ سكن أحد أقاربها أو في أحد الأماكن المناسبة على التفصيل الآتي:

٧٦/ ٢ يجري تنفيذ حكم الزيارة وتسليم الصغير في مقر سكن المزور أو سكن طالب التنفيذ إذا كان بلده بلد المزور أو في سكن أحد أقارب المزور في البلد نفسه فإن تعذر ففي أحد الأماكن الآتية:

(أ) الجهات الاجتماعية الحكومية.

(ب) المؤسسات والجمعيات الخيرية المرخص لها بالقيام بهذا العمل.

(ج) ما يراه القاضي من الأماكن العامة وغيرها مما تتوافر فيها البيئة المناسبة.

٨- **نصت المادة الثانية والتسعون من نظام التنفيذ على:**

يعاقب بالسجن مدة لا تزيد عن ثلاث أشهر كل من امتنع من الوالدين، أو غيرهما عن تنفيذ حكم صادر بالحضانة، أو الولاية، أو الزيارة، أو قام بمقاومة التنفيذ أو تعطيله.

---

(١) موقع: مركز الدراسات القضائية التخصصي http://www.cojss.com/vb/archive/index.php

وهذه المادة تقضي على المماطلات والظلم الكثير الذي تتعرض له المرأة بمنعها من رؤية أطفالها المدد الطويلة فتقرير العقوبة على الممتنع من تنفيذ أحكام الحضانة والولاية والزيارة يؤدي إلى منع هذا الظلم ويسرع في أداء الحقوق[1].

(١) وزارة العدل – البوابة الالكترونية – حقوق المرأة في الأنظمة القضائية السعودية
http://www.moj.gov.sa/ar-sa/Pages/WomenRights.aspx

الخاتمة

بفضل الله تعالى وحده تناولت في هذا البحث موضوع التعسّف في استعمال حق الحضانة ومستجدّات العصر، الذي بات موضوعاً مهماً يطرح نفسه على ساحات الدراسة.

وقد تناولت فيه بإجمال أبرز أحكام الحضانة، وتوضيح معنى التعسف والتأصيل الشرعي لحكمه ، وذلك في المبحث الأول والثاني من البحث ، ثم خصصت المبحث الأخير للكلام على التعسف في استعمال حق الحضانة والمستجدات من ذلك ، وآثارها ، وقانون العقوبات المختص بها .

وقد نتجت عن الدراسة عدة توصيات، أهمّها:

١- ضرورة تقديم المزيد من الدراسات حول المستجدات في أحكام الحضانة وموضوع البحث لما له من أهمية كبرى، وتأثير عظيم على فئة مهمة من المجتمع.

٢- ضرورة تثقيف المجتمع بقوانين الحضانة والنفقة وحقوق الحاضن والمحضون وحقوق غير الحاضن، واختصاصات الولاية، وذلك بكل طرائق التثقيف المرئية والمسموعة والمقروءة وفي خطب الجمعات.

٣- إصدار قانون يضمن تنفيذ أحكام الحضانة والولاية وانتقالهما وأحكام الرؤية بصورة تحمي الأطفال من تعريضهم لأي آثار نفسية، ويمكن الاستفادة من المادة ١٨٨ من قانون الأسرة القطري رقم (٢٢) لسنة ٢٠٠٦ وهي على النحو التالي: «يتم تنفيذ أحكام انتقال الحضانة بالتدرج مراعاةً لمصلحة المحضون. وفي حالة الحاجة لاستخدام القوة الجبرية لتنفيذ حكم من أحكام الحضانة، فلا تستخدم القوة في مواجهة المحضون»[1].

٤- دراسة تخصيص محاكم للنظر في قضايا الحضانة، والقضايا المتعلقة بالأطفال، يحصل القضاة فيها على دبلوم تأهيلي للفصل في هذه المحاكم وتزود

(١) موقع: البوابة القانونية القطرية (الميزان) /
http://www.almeezan.qa/LawArticles.aspx?LawTreeSectionID=8812&lawId=2558&language=ar

بالأخصائيين النفسيين والاجتماعيين والتربويين للنظر فيما يصلح للمحضون وتبصير القاضي به ومساعدة الطفل على خوض تجربة المحكمة بأمان.

٥- إصدار قانون يلزم الطليقين اللذين يتقدمان بدعوى حضانة بحضور دورة تبصّر الأبوين بخطورة ما يتعرض له الأطفال من معاناة نفسية إثر الطلاق، والعواقب المتوقعة من تجاهل هذه المعاناة أو مضاعفتها، وتوعيتهم بالاحتياجات النفسية للطفل في مرحلة الطلاق، وكيف يمكن مساعدة الطفل على عبور أزمة الطلاق، ويدرب الطليقين على ضبط النفس، والسيطرة، وعدم الانفعال، ويعتبر حضور الدورة شرطا أساسياً للنظر في القضية.

٦ - إصدار قانون للنفقة بحسب حال الطفل في أهله قياساً على الفقه الإسلامي الذي يقدّر نفقة الزوجة بحسب حال الزوجة وحال الزوج، ولا يعطي حكماً عاماً يشمل جميع الحالات.

قال الماوردي من الشافعية: «فإذا احتاج الولد إلى خدمة في الحضانة والكفالة ومثله من يخدم ؛ قام الأب بمؤونة خدمته، إما باستئجار خادم أو ابتياعه على حسب عادة أهله، وعرف أمثاله، ولا يلزم الأم مع استحقاقها لحضانته أن تقوم بخدمته إذا كان مثلها لا يخدم، لأن الحضانة هي الحفظ والمراعاة وتدبير الولد والنظر في مصالحة، وذلك لا يوجب مباشرة الخدمة، والخدمة إذا وجبت فهي مستحقة للغلام والجارية»(١).

٧ - إعادة النظر في صياغة قانون الولاية، بحيث تقتصر على اختصاصاتها حسب الفقه الإسلامي في إثبات النسب، وولاية التزويج، والنظر في المال سداً لذريعة التعسف في استعمال حق الولاية.

وصل اللهم على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.

---

(١) الحاوي الكبير (١١ / ٥٠٧).

المراجع

- الأحكام الجنائية والمدنية في التشريع الإسلامي / د. محمد علي محجوب رئيس قسم الشريعة الإسلامية بكلية الحقوق - جامعة عين شمس أستاذ بأكاديمية الشرطة ووزير الأوقاف الأسبق / شركة الإعلانات الشرقية / دار الجمهورية للصحافة.
- اختلاف الأئمة العلماء / الوزير أبي المظفر يحيى بن محمد بن هبيرة الشيباني (٥٦٠هـ)، / تحقيق: السيد يوسف أحمد / دار الكتب العلمية - لبنان / بيروت - ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٢م، الطبعة: الأولى
- الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار / أبو عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر النمري القرطبي (٤٦٣هـ) / تحقيق: سالم محمد عطا محمد علي معوض / دار الكتب العلمية - بيروت - ٢٠٠٠م، الطبعة: الأولى
- الإقناع في الفقه الشافعي / الماوردي (ت ٤٥٠).
- التعسف في استعمال حق الملكية في الشريعة والقانون (دراسة مقارنة) / سعيد أمجد الزهاوي / دار الاتحاد العربي للطباعة / ط ١ سنة ١٩٧٥ - ١٩٧٦م.
- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع / علاء الدين الكاساني (ت ٥٨٧) / دار الكتاب العربي - بيروت - ١٩٨٢، الطبعة: الثانية.
- البحر الرائق شرح كنز الدقائق / زين الدين ابن نجيم الحنفي (٩٧٠هـ) / دار المعرفة / بيروت، الطبعة (٢).
- تاج العروس من جواهر القاموس / محمد مرتضى الحسيني الزبيدي (١٢٠٥) / تحقيق: مجموعة من المحققين / دار النشر: دار الهداية.
- تحفة الفقهاء / علاء الدين السمرقندي (٥٣٩هـ) / دار الكتب العلمية / بيروت (١٤٠٥ – ١٩٨٤)الطبعة: الأولى.
- التلقين في الفقه المالكي / عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي المالكي أبو محمد (ت ٣٦٢) / تحقيق: محمد ثالث سعيد الغاني / المكتبة التجارية - مكة المكرمة - ١٤١٥، الطبعة: الأولى.
- التنبيه في الفقه الشافعي / إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروزأبادي الشيرازي أبو إسحاق (ت ٤٧٦) / عالم الكتب - بيروت - ١٤٠٣، الطبعة: الأولى، تحقيق: عماد الدين أحمد حيدر.

- تهذيب المدونة / أبو سعيد خلف بن أبي القاسم القيرواني (ت ٣٧٢).
- التوقيف على مهمات التعاريف / محمد عبد الرؤوف المناوي (ت١٠٣١) / تحقيق: د. محمد رضوان الداية / دار الفكر المعاصر ، دار الفكر - بيروت ، دمشق - ١٤١٠، الطبعة: الأولى.
- جامع البيان عن تأويل آي القرآن / محمد بن جرير بن يزيد بن خالد الطبري أبو جعفر (ت ٣١٠) / دار الفكر - بيروت - ١٤٠٥.
- الجامع الصحيح المختصر / محمد بن إسماعيل أبو عبدالله البخاري الجعفي (٢٥٦) / تحقيق: د. مصطفى ديب البغا / دار ابن كثير ، اليمامة - بيروت - ١٤٠٧ - ١٩٨٧، الطبعة: الثالثة.
- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير / محمد عرفه الدسوقي (ت ١٢٣٠) / تحقيق: محمد عليش / دار الفكر – بيروت.
- الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني / علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري الشافعي (٤٥٠) / تحقيق: الشيخ علي محمد معوض - الشيخ عادل أحمد عبد الموجود / دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان - ١٤١٩ هـ -١٩٩٩ م، الطبعة: الأولى.
- الحدود الأنيقة والتعريفات الدقيقة / زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري أبو يحيى (ت ٩٢٦)، تحقيق: د. مازن المبارك.، / دار الفكر المعاصر - بيروت - ١٤١١، الطبعة: الأولى.
- الدر المنثور / عبد الرحمن بن الكمال جلال الدين السيوطي (٩١١) / دار الفكر - بيروت - ١٩٩٣.
- روضة الطالبين وعمدة المفتين / النووي (ت ٦٧٦ ه)/ المكتب الإسلامي (بيروت ١٤٠٥)، ط (٢).
- سنن أبي داود / سليمان بن الأشعث أبو داود السجستاني الأزدي (٢٧٥) / دار الفكر -، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد.
- السنن الكبرى / أحمد بن شعيب أبو عبد الرحمن النسائي (٣٠٣) / تحقيق: د.عبد الغفار سليمان البنداري ، سيد كسروي حسن دار الكتب العلمية - بيروت (١٤١١ - ١٩٩١) الطبعة: الأولى.

- شرح السنة / الحسين بن مسعود البغوي (٥١٦هـ) / تحقيق: شعيب الأرناؤوط - محمد زهير الشاويش / المكتب الإسلامي - دمشق - بيروت - ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م، الطبعة: الثانية.
- الخرشي على مختصر سيدي خليل (ت ١١٠٢) / دار الفكر للطباعة - بيروت.
- شرح منتهى الإرادات المسمى دقائق أولي النهى لشرح المنتهى / منصور بن يونس بن إدريس البهوتي (١٠٥١) / عالم الكتب - بيروت - ١٩٩٦، الطبعة: الثانية.
- صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان / محمد بن حبان بن أحمد أبو حاتم التميمي البستي (٣٥٤) / تحقيق: شعيب الأرنؤوط / مؤسسة الرسالة - بيروت - ١٤١٤ - ١٩٩٣، الطبعة: الثانية.
- صحيح مسلم / مسلم بن الحجاج أبو الحسين القشيري النيسابوري (٢٦١)، / تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي / دار إحياء التراث العربي - بيروت.
- الطبقات الكبرى / محمد بن سعد بن منيع أبو عبدالله البصري الزهري (٢٣٠) / دار صادر - بيروت.
- فتح الباري شرح صحيح البخاري، اسم المؤلف: أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي الوفاة: ٨٥٢، دار النشر: دار المعرفة - بيروت، تحقيق: محب الدين الخطيب.
- قواعد الأحكام في مصالح الأنام / أبي محمد عز الدين السلمي (٦٦٠)/ دار الكتب العلمية – بيروت.
- قواعد الفقه / محمد عميم الإحسان المجددي البركتي (٩٩٩) / الصدف ببلشرز - كراتشي - ١٤٠٧ - ١٩٨٦، الطبعة: الأولى.
- القوانين الفقهية / محمد بن أحمد بن جزي الكلبي الغرناطي (ت ٧٤١ هـ).
- الكافي في فقه الإمام المبجل أحمد بن حنبل / عبد الله بن قدامة المقدسي، أبو محمد (٦٢٠) / المكتب الاسلامي - بيروت.
- لسان العرب / محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري (ت ٧١١) / دار صادر - بيروت، الطبعة: الأولى.
- المبسوط / شمس الدين السرخسي (ت ٤٨٣) / دار المعرفة – بيروت.

- النظريات العامة للمعاملات في الشريعة الإسلامية / د . فهمي أبو سنة / دار التأليف / القاهرة ١٣٨٧هـ - ١٩٦٧م .
- مجلة التنوير / العدد الرابع / بحث التعسف في استعمال حق الملكية في الفقه الإسلامي / د/ آدم دكم محمد هارون.
- مختصر اختلاف العلماء / الجصاص / أحمد بن محمد بن سلامة الطحاوي (٣٢١) / تحقيق: د. عبد الله نذير أحمد / دار البشائر الإسلامية - بيروت - ١٤١٧، الطبعة: الثانية.
- المدخل لدراسة العلوم القانونية / د. خالد بن عبد العزيز الرويس، د. رزق بن مقبول الريس / مكتبة الشقري / ١٤٣٣هـ .
- المدونة الكبرى / مالك بن أنس (ت ١٧٩) / دار صادر – بيروت.
- مسند الشافعي / محمد بن إدريس أبو عبد الله الشافعي (٢٠٤) / دار الكتب العلمية - بيروت.
- المطلع على أبواب الفقه / محمد بن أبي الفتح البعلي الحنبلي أبو عبد الله (ت ٧٠٩)، / تحقيق: محمد بشير الأدلبي / المكتب الإسلامي - بيروت - ١٤٠١ - ١٩٨١ .
- معجم مقاليد العلوم / أبو الفضل عبد الرحمن جلال الدين السيوطي (ت ٩١١هـ) / تحقيق: أ.د محمد إبراهيم عبادة / مكتبة الآداب - القاهرة / مصر - ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٤م، الطبعة: الأولى.
- المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني / عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي أبو محمد (٦٢٠، / دار الفكر - بيروت - ١٤٠٥، الطبعة: الأولى.
- المهذب في فقه الإمام الشافعي / إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي أبو إسحاق (ت ٤٧٦) / دار الفكر - بيروت.
- مواهب الجليل لشرح مختصر خليل / محمد بن عبد الرحمن المغربي أبو عبد الله (٩٥٤) / دار الفكر - بيروت - ١٣٩٨، الطبعة: الثانية.
- نظرية التعسف في استعمال الحق/ أحمد فهمي أبو سنة / مجلة الأزهر.
- نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي / د . فتحي الدريني / مؤسسة الرسالة.
- الهداية شرح بداية المبتدي / أبي الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الرشداني المرغياني (٥٩٣هـ)، / المكتبة الإسلامية.

مواقع الشبكة الحاسوبية:

- موقع: البوابة القانونية القطرية (الميزان) /
- http://www. almeezan. qa/LawArticles. aspx? Law Tree SectionID =8812&lawId =2558&language=ar
- صحيفة سبق الالكترونية.
- صحيفة إيلاف الخليج ديسمبر ٢١، ٢٠١٣، http://www.elaphgulf.com/?p=8668
- جريدة الاقتصادية، الأحد ٣٠ رجب ١٤٣٤ هـ. الموافق ٠٩ يونيو ٢٠١٣، العدد (٧١٨١).
- جريدة الرياض، الجمعة ٩ ربيع الآخر ١٤٣٣، ٢مارس ٢٠١٢ م، العدد (١٥٩٥٧).
- صحيفة المدينة / ١٤٣٥/٢/٢٠ هـ ٢٠١٣/١٢/٢٣ م / العدد: ١٨٥٠٦. http://www.al-madina.com/node/494363
- جريدة الأهرام / http://digital.ahram.org.eg/articles.aspx?Serial=895044&eid=573
- جريدة السلام اليوم / صبرينة.ب ، ١٩/ ٠٥/ ٢٠١٢.
- وزارة العدل / البوابة الالكترونية / حقوق المرأة في الأنظمة القضائية السعودية. http://www.moj.gov.sa/ar-sa/Pages/WomenRights.aspx
- موقع: مركز الدراسات القضائية التخصصيhttp://www.cojss.com/vb/archive/index.php
- آثار العنف وإساءة معاملة الأطفال على الشخصية المستقبلية / سوسن شاكر حلبي / الحوار المتمدن / العدد (٨٣٩) / ١٩ / ٥ / ٢٠٠٤ م
- http://www.ahewar.org/debat/show.art.asp?aid=18331 موقع وزارة الشؤون الاجتماعية / http://www.legal-/http://mosa.gov.sa/portal agenda.com/newsarticle.php?id=462&lang=ar#.UvX04P1DEaI
- bbc الالكترونية الخميس، ٢٩ أغسطس/ آب، ٢٠١٣، ٠٢:٢٢ GMT.

أبيض